

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE**

Ciclo XXXI

**Settore Concorsuale:** 12/F1

**Settore Scientifico Disciplinare:** IUS/15

**«L'INCIDENZA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA NEL  
PROCESSO SPAGNOLO DI ESECUZIONE IPOTECARIA NEL  
PRISMA DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ»**

**Presentata da:** Pedro Manuel Quesada López

**Coordinatore Dottorato**

**Supervisore**

**Prof. Andrea Morrone**

**Prof.ssa Lea Querzola**

**Esame finale anno 2019**







## ABSTRACT

In questo lavoro condurremo uno studio sulla compatibilità del processo spagnolo di esecuzione ipotecaria con il diritto dell'Unione europea, in particolare nel prisma del principio di effettività.

Cominceremo esaminando le relazioni tra i tribunali nazionali e la Corte di giustizia europea. I tribunali nazionali hanno l'obbligo di prevedere i canali legali necessari affinché i cittadini possano invocare il diritto dell'Unione. Da lì, enunceremo il principio dell'autonomia procedurale degli Stati e i due principi limitanti con cui la Corte di giustizia europea lo ha limitato: il principio di effettività e il principio di equivalenza.

Ci concentreremo sul principio di effettività, dal quale analizzeremo il suo contenuto essenziale e i campi di applicazione. In particolare, esamineremo il principio di effettività applicato al settore del diritto europeo dei consumatori. Essa assume una dimensione particolare in questo settore, in quanto, trattandosi di una questione di ordine pubblico comunitario, impone obblighi maggiori ai giudici nazionali in quanto ha un contenuto imperativo. Tali obblighi comprendono il controllo d'ufficio delle clausole abusive per il giudice nazionale.

Il principio di effettività del consumatore ha un impatto importante sui diritti processuali nazionali. Per quanto riguarda la procedura spagnola di esecuzione ipotecaria, essa ha interpretato la maggior parte delle sue procedure come contraria alla direttiva 93/13.

Tuttavia, non tutta la procedura è incompatibile. Il problema è limitato ai casi in cui l'applicazione del diritto dell'Unione può essere ostacolata, ma deve essere incluso nel campo di applicazione del diritto dell'Unione.

Infine, analizziamo la compatibilità della procedura di esecuzione ipotecaria con i diritti fondamentali della CEDU e la sua interpretazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

## RESUMEN

En el presente trabajo realizaremos un estudio sobre la compatibilidad del proceso de ejecución hipotecaria español con el Derecho de la Unión Europea, especialmente bajo la óptica del principio de efectividad.

En primer lugar se examinarán las relaciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Los tribunales nacionales están obligados a proporcionar los cauces legales necesarios para que los ciudadanos puedan invocar el Derecho de la Unión. A partir de ese punto, expondremos el principio de la autonomía procesal de los Estados y los dos principios con los que el TJUE lo ha limitado: el principio de efectividad y el principio de equivalencia.

Nos centraremos en el principio de efectividad, a partir del cual analizaremos su contenido y alcance esenciales. En particular, examinaremos el principio de efectividad aplicado al ámbito del Derecho europeo de los consumidores. Este tiene una dimensión particular en este ámbito porque, al tratarse de una cuestión de orden público comunitario, impone mayores obligaciones a los tribunales nacionales debido a su contenido imperativo. Entre estas obligaciones figura el control de oficio de las cláusulas abusivas por parte del órgano jurisdiccional nacional.

El principio de efectividad de Derecho de consumo tiene un impacto importante en los derechos procesales nacionales. Por lo que se refiere al procedimiento español de ejecución hipotecaria, el TJUE ha interpretado en gran parte de sus procedimientos que la regulación española era contraria a la Directiva 93/13/CEE.

Sin embargo, no todo el procedimiento es incompatible. El problema se limita a los casos en que la aplicación de la legislación de la UE puede verse obstaculizada, pero en todo caso existe un presupuesto básico y es que la regulación procesal nacional concreta debe incluirse en el ámbito de aplicación de la legislación de la UE.

Por último, analicemos la compatibilidad del procedimiento de ejecución hipotecaria con los derechos fundamentales del CEDH y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## ABSTRACT

In this work we will carry out a study on the compatibility of the Spanish mortgage enforcement foreclosure process with European Union law, especially from the perspective of the principle of effectiveness.

First, the relationship between the national courts and the European Court of Justice will be examined. National courts are obliged to provide the necessary remedies for citizens to apply Union law. From that point, we will explain the principle of the procedural autonomy of the States and the two principles with which the ECJ has limited it: the principle of effectiveness and the principle of equivalence.

We will focus on the principle of effectiveness, from which we will analyze its essential content and scope. In particular, we will examine the principle of effectiveness applied to the European consumer law. This area has a particular dimension because, as a matter of Community public policy, it imposes greater obligations on national courts because of its mandatory content. These obligations include the ex officio control of unfair terms by the national court.

The principle of effectiveness of consumer law has an important impact on national procedural law. As far as the Spanish mortgage enforcement foreclosure procedure is concerned, the ECJ has interpreted to a large extent of its procedures that the Spanish regulation was contrary to Directive 93/13/EEC.

However, not the whole procedure is incompatible. The problem is limited to cases where the application of EU law may be hampered, but in any case there is a basic premise and that is that specific national procedural regulation must be included in the scope of application of EU law.

Finally, we will analyse the compatibility of the Spanish mortgage enforcement foreclosure procedure with the fundamental rights of the European Convention on Human Rights and its interpretation by the European Court of Human Rights.









**L'INCIDENZA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA NEL PROCESSO  
SPAGNOLO DI ESECUZIONE IPOTECARIA NEL PRISMA DEL PRINCIPIO  
DI EFFETTIVITÀ**

**EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA  
Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA  
ESPAÑOL**

Presentata da: Pedro Manuel Quesada López

Relatrice: Prof.ssa Lea Querzola



*A mis padres y hermanas*





# ÍNDICE

## CAPÍTULO PRIMERO

### **PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA: EL CONFLICTO ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES.**

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>IX</b>
<b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>1</b>
I. OGGETTO DI STUDIO. ....	1
II. STRUTTURA TEMATICA.....	4
III. METODOLOGIA.....	5
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>11</b>
I. OBJETO DE ESTUDIO. ....	11
II. ESTRUCTURA TEMÁTICA.....	14
III. METODOLOGÍA.....	15
<b>§1. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS.</b> .....	<b>22</b>
I. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LAS “VIAS DE RECURSO” NECESARIAS PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. ....	22
II. CUESTIÓN PREVIA: CONSIDERACIONES SOBRE LA EXPRESIÓN “VÍAS DE RECURSO NECESARIAS”. RELECTURA DEL CONCEPTO DE “ <i>REMEDIES SUFFICIENT</i> ” E INTERPRETACIÓN COMO CAUCES JURÍDICOS NECESARIOS.....	25



III. LOS CAUCES JURÍDICOS NECESARIOS PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS ÁMBITOS CUBIERTOS POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. APLICACIÓN GENERAL A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES INTERNOS. ....	28
IV. PRESUPUESTOS PARA LA ADECUACIÓN DE LOS CAUCES Y PROCEDIMIENTOS INTERNOS AL DERECHO EUROPEO.....	34
V. LAS TÉCNICAS DE INTEGRACIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS PROCESALES NACIONALES: ARMONIZACIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE LÍMITES AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL. ....	45
VI. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL DE LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LEGISLAR EN MATERIA PROCESAL INTERNA.....	51
VII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013, “CASO AZIZ”. ESBOZO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPATIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA CON EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.....	72

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

§2. NOCIÓN GENERAL SOBRE LA IDEA DE LA EFECTIVIDAD Y SU RELACIÓN CON LA CIENCIA JURÍDICA. ....	83
I. IDEA GENERAL DE LA EFECTIVIDAD. ....	83
II. LA EFECTIVIDAD EN LA CIENCIA DEL DERECHO. ....	84
§3. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA REGULACIÓN PROCESAL INTERNA PARA LA SATISFACCIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN LOS ESTADOS MIEMBROS. ....	93
I. CONCEPTUALIZACIÓN GENERAL DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN.....	93
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PRINCIPALES DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN.....	96

III. DEBATE SOBRE LA IDENTIDAD DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA REGULACIÓN PROCESAL Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN. ....	100
IV. CONTENIDO Y EFECTOS DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. ....	110
V. NECESIDAD DE UN ANÁLISIS OMNICOMPRESIVO DEL ORDENAMIENTO PROCESAL INTERNO DE LOS ESTADOS. ....	119
VI. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. ....	129

### CAPÍTULO TERCERO

#### **ESPECIALIDADES DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE DERECHO EUROPEO DE CONSUMO.**

<b>§4. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD APLICADO DE FORMA ULTRAEXTENSIVA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONSUMO SOBRE NO VINCULACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS AL CONSUMIDOR. LA POCA RESISTENCIA DE LOS DERECHOS PROCESALES NACIONALES. ....</b>	<b>139</b>
I. EL DERECHO EUROPEO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE LA DIRECTIVA 93/13 COMO CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO Y RANGO CONSTITUCIONAL EUROPEO. ....	147
II. EL DEBER DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DE INVOCAR DE OFICIO EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA COMO FACULTAD NECESARIA PARA GARANTIZAR UNA PROTECCIÓN EFECTIVA. ....	154
III. LA ABSOLUTA PASIVIDAD DEL CONSUMIDOR EN EL PROCEDIMIENTO NACIONAL COMO LÍMITE DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. ....	162
IV. LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL PARA CALIFICAR LA CLÁUSULA CONTRACTUAL COMO ABUSIVA Y PRACTICAR DILIGENCIAS DE PRUEBA. ...	165
V. LA NO OBLIGACIÓN DEL CONSUMIDOR DE INVOCAR POR SÍ MISMO EL DERECHO. COMPLEMENTO AL CONTROL DE OFICIO. ....	167

VI. LIMITACIÓN DEL DEBER DE ACTUACIÓN DE OFICIO CUANDO OBLIGA AL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL A SALIR DE LOS LÍMITES DEL DERECHO PROCESAL NACIONAL, LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS DETERMINADOS POR LAS PARTES. ....	168
VII. LA SUPUESTA LESIÓN AL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DADA POR LA EXISTENCIA DE UN RÉGIMEN PROCESAL QUE NO PERMITA AL JUEZ, “AUN DISPONIENDO DE TODOS LOS ELEMENTOS DE HECHO Y DERECHO”, EXAMINAR DE OFICIO EL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS. CRÍTICA AL CASO BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO.....	170
VIII. EL PRINCIPIO CONTRADICTORIO Y LA TRAMITACIÓN DE OFICIO POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL. ....	181
IX. LA JURISDICCIONALIDAD COMO PRESUPUESTO DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. .	184
X. EL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN Y LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD EN EL MÁRGEN DE APRECIACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL .....	199

#### CAPÍTULO CUARTO

### **EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO Y EL PROCESO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

<b>§5. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD, LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE ASEGURAR LA NO VINCULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. ...</b>	<b>208</b>
I. REQUISITOS PARA LA INADECUACIÓN AL DERECHO DE LA UNIÓN: LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES DEL JUEZ NACIONAL Y ADECUACIÓN DIRECTA DEL CONFLICTO AL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN.....	210
1. La imposibilidad del órgano jurisdiccional para examinar el contenido del título ejecutivo o para adoptar medidas necesarias para garantizar la efectividad plena de la resolución final.....	210
2. La imposibilidad para el consumidor de recurrir en apelación la resolución desestimatoria de la oposición a la ejecución en la legislación procesal. ....	213
3. La ausencia de notificación dirigida personalmente al consumidor de la posibilidad de alegar motivos de oposición basados en el derecho de la Unión...	220

4. El efecto de cosa juzgada conferido por la legislación procesal nacional al título ejecutivo y la posibilidad de aplicación posterior del Derecho de la Unión. ....	224
5. La imposibilidad del juez nacional para no declarar la nulidad de una cláusula cuando el profesional no ha aplicado la cláusula. Breve referencia a la problemática del vencimiento anticipado.....	240
6. La presencia de cláusulas que tengan por objeto u efecto obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o cauces jurídicos por los consumidores .....	252
II. LA POSIBILIDAD DEL JUEZ NACIONAL DE ADOPTAR CUALQUIER MEDIDA CAUTELAR EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA (Y EN PARTICULAR LA SUSPENSIÓN): EL CASO KUŠIONOVÁ COMO TENDENCIA LEGISLATIVA NACIONAL ACEPTADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA. ....	260
<b>§6. LA AUTONOMÍA PROCESAL Y EL PROCESO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. LA ADECUACIÓN DEL PROCESO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN.....</b>	<b>269</b>
I. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO (Y DE LA UNIÓN EN GENERAL) COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.....	272
II. LA NECESARIA RELACIÓN ENTRE LA DISPOSICIÓN PROCESAL NACIONAL Y EL DERECHO DE LA UNIÓN. ....	278
III. LA AUSENCIA DE IMPEDIMENTO DE LA NORMA PROCESAL AL JUEZ NACIONAL PARA APLICAR EL DERECHO DE LA UNIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS. LA NECESARIA EQUITATIVIDAD COMO CRITERIO DELIMITADOR. ....	281
IV. LA POTESTAD LEGISLATIVA ESTATAL PARA REGULAR EL RECURSO DE APELACIÓN POR CAUSAS DIFERENTES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13. LA AUSENCIA DE RIESGO DEL CONSUMIDOR DE LA PÉRDIDA DE SU VIVIENDA Y LAS FACULTADES DEL JUEZ PARA SUSPENDER UN PROCESO EJECUTIVO EN APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO.....	288
V. LA INDEPENDENCIA DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE CONSUMO CON EL PROCESO NACIONAL Y LA POSIBILIDAD DEL CONSUMIDOR DE INVOCAR EFICAZMENTE EL DERECHO EUROPEO EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO. CAMBIO DE CRITERIO DEL TJUE Y CONSECUENCIAS SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. ....	293

## CAPÍTULO QUINTO

**IMPACTO DE LAS CARTAS EUROPEAS DE DERECHOS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

<b>§7. LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. REPERCUSIÓN EN LA REGULACIÓN NACIONAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ....</b>	<b>303</b>
I. CUESTIÓN GENERAL: APLICACIÓN DE LA CDFUE Y EL CEDH. EXTENSIÓN Y LÍMITES. ....	303
II. EL ARTÍCULO 7 DE LA CDFUE Y 8-1 DEL CEDH: EL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR Y DEL DOMICILIO.....	308
1. El respeto al domicilio en la jurisprudencia del TEDH y la limitación de los poderes públicos para privar de la vivienda al individuo. Carácter necesario del juicio de proporcionalidad.....	309
2. El respeto a la vida familiar y su incidencia en el derecho de privación del domicilio.....	317
3. El respeto al domicilio y la vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre procedimientos nacionales de ejecución hipotecaria. ....	319
III. EL ARTÍCULO 38 DE LA CDFUE: LA GARANTÍA DE UN NIVEL ELEVADO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN.....	325
IV. EL ARTÍCULO 47-1 DE LA CDFUE: EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS DERECHOS Y LIBERTADES GARANTIZADOS POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. ....	327
V. EL ARTÍCULO 6-1 DEL CEDH Y 47-2 DEL CDFUE: EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO. ....	332
VI. EL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO ADICIONAL 1º DEL CEDH Y LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD. CONTRASTE ENTRE LA CONSIDERACIÓN DE CRÉDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA COMO BIEN PROTEGIBLE Y EL DERECHO AL RESPETO AL DOMICILIO. ....	338
<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>346</b>

<b>CONCLUSIONES</b> .....	372
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	399
<b>NOTA FINAL</b> .....	421



## ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, actualizada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DT	Disposición Transitoria.
JPI	Juzgado de Primera Instancia.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Ley 1/2013	Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
c.p.c.	Codice di procedura civile italiano (Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940)
S.	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
S.C.Cass.	Sentencia de la Corte di Cassazione
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional



TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea, denominado en una primera etapa Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En el presente trabajo nos referiremos en cualquier caso con esta abreviatura, con independencia de la denominación por la correspondiente etapa.
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea.

## INTRODUZIONE

### I. OGGETTO DI STUDIO.

Poche questioni hanno richiesto e subito più riforme legislative nella disciplina del diritto processuale civile spagnolo come il processo di esecuzione su beni ipotecati (comparabile con l'esecuzione del credito fondiario nella legislazione italiana), soprattutto negli ultimi cinque anni.

Tra gli altri testi giuridici che hanno modificato la procedura speciale di esecuzione spagnola, regolata dagli articoli 681 e 698 della Ley de Enjuiciamiento Civil (análogo al Codice di procedura civile italiano), segnaliamo quanto segue (tutte spagnole):

1. Legge 1/2013 del 14 maggio sulle misure per rafforzare la tutela dei debitori ipotecari, la ristrutturazione del debito e l'affitto sociale.

2. Legge 8/2013 del 26 giugno sulla riabilitazione, rigenerazione e rinnovamento urbano.

3. Legge 14/2014 del 24 luglio sulla navigazione marittima.

4. Regio decreto legge 11/2014, del 5 settembre, recante misure urgenti in materia di liquidazione giudiziale.

5. Legge 9/2015, del 25 maggio, sulle misure urgenti in materia di liquidazione giudizial.

6. Legge 19/2015 del 13 luglio sulle misure amministrative di riforma nel settore dell'amministrazione della giustizia e dell'anagrafe.

La maggior parte delle riforme riguarda elementi molto caratteristici della procedura nella sua precedente formulazione, come la limitazione dei motivi di opposizione che possono essere invocati dalla parte esecutata e, in generale, la limitazione dei suoi mezzi di difesa, tra gli altri.

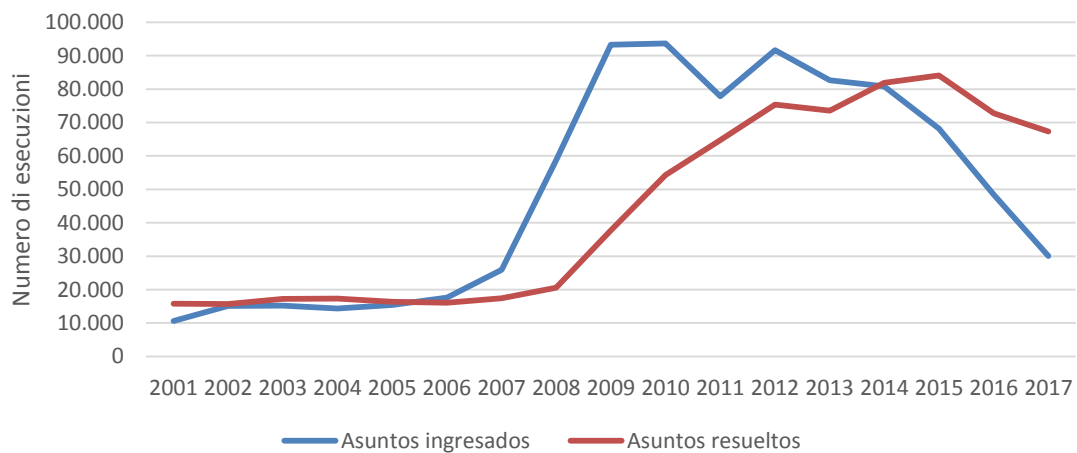
È un fatto noto e innegabile che il diritto dell'Unione europea applicato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (CGUE) ha avuto un impatto molto

particolare sul diritto processuale interno spagnolo, e in particolare sulla esecuzione del credito ipotecario<sup>1</sup>. E' quindi necessario affrontare la ragione che sta alla base di questa realtà.

Per apprezzare l'entità del problema è necessario partire da un'idea essenziale: la esecuzione ipotecaria e il fenomeno della perdita della abitazione è stato uno dei problemi più importanti che si sono manifestati durante il periodo di grande recessione che la Spagna, così come il resto d'Europa e del mondo, tra gli anni 2007 e 2015 circa.

A tal fine è opportuno consultare i dati ufficiali:

**Figura 1. Evoluzione dei esecuzioni ipotecari in Spagna dall'entrata in vigore della Ley de Enjuiciamiento Civil.**



Fonte: Elaborazione propria dal database di statistica giudiziaria del Consiglio Generale della magistratura spagnola (2018).

L'evoluzione dei esecuzioni ipotecari in Spagna, dall'entrata in vigore della Ley de Enjuiciamiento Civil, è rimasta stabile, con un numero di cause depositate oscillante tra 15.000 e 18.000 casi, come mostrato nella figura 1.

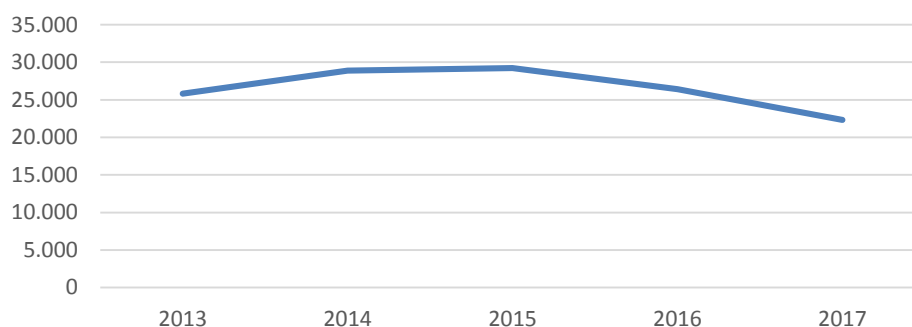
Si può osservare che dalla fase di recessione e dalla successiva crisi economica, iniziata nel corso del 2007 e del 2008, il numero di casi presentati e risolti è aumentato considerevolmente, raggiungendo cifre superiori a 90.000 casi presentati e con una media di 80.000 casi all'anno in questo periodo. Gli effetti di questa crisi economica dimostrano che il numero di esecuzioni ipotecari si è moltiplicato per nove durante questo periodo.

<sup>1</sup> Si può vedere, in questo senso, HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las exigencias procesales europeas», en CABRERA MERCADO, R.: QUESADA LÓPEZ, P. M. y LÓPEZ PICÓ, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 41 y ss.

A partire dal 2013 si registra una netta diminuzione del numero di cause depositate, con valori che approssimano i dati esistenti prima di questa fase di recessione. Quest'anno coincide con la pronuncia della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-415/11, Aziz, e tutta la giurisprudenza che ne è seguita, interpretando l'opposizione del processo di esecuzione ipotecaria spagnola al diritto dell'Unione europea in materia di consumo e di clausole abusive.

Questa tendenza si riflette nel numero di rilasci d'immobili a seguito di esecuzioni ipotecari dal 2013, anno a partire dal quale sono disponibili i dati (figura 2).

**Figura 2. Evoluzione dei rilasci d'immobili prodotti dalle esecuzioni ipotecari in Spagna nel periodo 2013-2017**



Fonte: Elaborazione propria dal database di statistica giudiziaria del Consiglio Generale della magistratura spagnola (2018).

Non c'è dubbio che l'intervento della CGUE con l'interpretazione applicata del diritto dell'Unione europea è stato un fattore che ha portato ad una progressiva riduzione del numero di esecuzioni ipotecari avviati in Spagna. Le sue ripercussioni non sono state dirette solo al settore della pratica giudiziaria, ma, come abbiamo visto all'inizio, è stata causa di numerose modifiche legislative. Questa situazione ha generato - e continua a generare ancora oggi - un'enorme preoccupazione e confusione tra gli operatori del diritto e gli studiosi di diritto processuale.

In particolare, la causa principale dell'inadeguatezza del suddetto processo spagnolo rispetto al diritto dell'Unione europea è il cosiddetto principio di effettività.

Da questo principio si evidenzia la mancanza di considerazioni teoriche, sia a livello dottrinale nazionale spagnolo che europeo, che richiedono la più completa e profonda indagine possibile in materia per chiarirne il contenuto, la natura e le principali caratteristiche.

## II. STRUTTURA TEMATICA.

Tenendo presente l'oggetto della nostra indagine e al fine di chiarire in che misura il diritto dell'Unione europea possa influire sul diritto processuale nazionale - e in particolare sull'esecuzione ipotecaria - abbiamo strutturato il tutto in cinque capitoli, attraverso i quali abbiamo cercato di dare una risposta il più possibile rigorosa.

Nel primo capitolo abbiamo cercato di chiarire il rapporto tra la Corte di giustizia europea e la giurisdizione spagnola. Nel diritto processuale civile interno spagnolo è apparso un nuovo livello giurisdizionale sovranazionale, come quello europeo. E una nuova fonte di regole che non provengono espressamente dalle istituzioni nazionali. Tutto ciò si traduce in un obbligo generale, sia per la giurisdizione spagnola che per i suoi organi legislativi, come garantire adeguati canali legali per il rispetto del diritto dell'Unione europea.

Il diritto processuale nazionale sta entrando in un processo di integrazione europea che, a differenza dell'armonizzazione, non è diretta ma è condizionata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che stabilisce limiti interpretativi alla legislazione spagnola e alla sua applicazione. Questi limiti possono incidere notevolmente sulle istituzioni tradizionali del diritto processuale spagnolo, come la esecuzione ipotecaria (presente nel diritto processuale spagnolo a partire dalla legge sulle ipoteche per le province d'oltremare del 1893).

Il limite interpretativo principale verrà dalla mano di un principio, che è il principio di effettività del diritto dell'Unione europea. Per riflettere questo grado di affetto, è nel primo capitolo che abbiamo preferito collocare l'interpretazione della sentenza Aziz del 2013 (C-415/11), che, come abbiamo visto sopra, costituisce un punto di svolta non solo per quanto riguarda le riforme legislative, ma anche nel numero di processi avviati attraverso questa procedura.

Per questo motivo abbiamo ritenuto di fondamentale importanza, tenuto conto dell'impatto di questo principio sul diritto processuale e al fine di verificare in quale misura può essere esteso, effettuare uno studio approfondito nel secondo capitolo. Ci concentreremo su aspetti quali la loro delimitazione, le basi giuridiche, le conseguenze giuridiche e i campi di applicazione. Allo stesso modo, abbiamo ritenuto necessario separarlo da altre figure che possono assimilare e condividere il contenuto con il principio di effettività, come il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva del diritto dell'Unione europea.

Tra tutti gli ambiti di applicazione del principio di effettività, ce n'è uno di vitale importanza, vale a dire il diritto europeo dei consumatori e in particolare la legge sulla non obbligatorietà delle clausole abusive. Questo diritto ha una caratteristica particolare di particolare rilevanza, che è la sua categoria di ordine pubblico o di interesse comunitario. Per questo motivo le sue conseguenze giuridiche avranno un maggiore impatto sui tribunali nazionali, ed è per questo che ci fermeremo ad uno studio più approfondito nel capitolo tre.

Una volta studiato il contenuto del principio di effettività, e in particolare le sue specialità nel campo del diritto europeo dei consumatori, avremo raggiunto il quadro teorico appropriato per poi analizzare l'adeguatezza del processo di esecuzione ipotecaria spagnola con il diritto dell'Unione europea. Su questo tema esiste una ricca giurisprudenza che richiede uno studio particolareggiato, sempre e alla luce del principio di effettività. Pertanto, nel quarto capitolo si procederà all'analisi della più specifica giurisprudenza dell'Unione Europea in materia, con l'obiettivo di determinare in che misura il processo di esecuzione ipotecaria sia compatibile o meno con la sua attuale disciplina e con le riforme legislative attuate con il diritto dell'Unione Europea.

Tutto ciò nella consapevolezza che vi sono questioni procedurali di particolare importanza, come la scadenza anticipata dell'articolo 693 della Ley de Enjuiciamiento Civil spagnola, che al momento della stesura della presente relazione (ottobre 2018) sono allo studio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e possono avere un impatto decisivo sull'esecutività dei esecuzioni ipotecari firmati prima del 2013, in particolare quelli che prevedono la clausola di scadenza anticipata al di sotto della soglia legale. Ma in ogni caso nella nostra analisi includeremo tutte le risoluzioni che riguardano il resto delle dimensioni legislative.

Infine, riteniamo necessario concludere questo lavoro con l'impatto delle Carte europee dei diritti sul processo di esecuzione ipotecaria stesso. Questo per due motivi: il primo, per aver incluso la Corte di giustizia europea nei suoi criteri di base e nelle aree di protezione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (come ci fermeremo nel testo principale) e il secondo, per aver completato il livello del Consiglio d'Europa e in particolare la suddetta CEDU e la Corte EDU il sistema di protezione dei diritti a livello del continente europeo, essendo direttamente applicabile alle persone sotto la giurisdizione spagnola.

### III. METODOLOGIA.

Una ricerca rigorosa si trova di fronte alla necessità di proporre i metodi più adatti allo sviluppo del lavoro<sup>2</sup>. La metodologia giuridica e le sue molteplici tecniche diventano gli strumenti essenziali per portare conclusioni innovative alla scienza del diritto.

Ci sono due diverse tecniche di pianificazione nella scrittura artistica: bussola e mappa. La scrittura con bussola consiste nel lasciarsi trasportare dal ritmo della scrittura e delimitare le circostanze man mano che la scrittura progredisce. Sarebbe come se l'autore fosse un esploratore in un mondo sconosciuto. E d'altra parte la scrittura di pianificazione o mappa, che consisterebbe nel conoscere o aver determinato dal momento iniziale le linee generali, compresa la fine<sup>3</sup>. Siamo consapevoli che, mentre la pianificazione può essere molto utile per la scrittura creativa, deve prendere le distanze dal metodo scientifico che è più che richiesto per il lavoro di tesi di dottorato. Possiamo avere ipotesi molto solide, ma non possiamo mai conoscere la "fine" in anticipo. Né la chiromanzia né la divinazione possono soppiantare l'esperienza del ricercatore nel seguire le linee guida metodologiche per cercare di scoprire la verità. In questo senso, i ricercatori condividono una caratteristica comune, e cioè che siamo esploratori che si avventurano nelle terre ignote della conoscenza.

Non nascondiamo che questa tesi è stata scritta con una bussola, e rompendo mappe nel tentativo di sintetizzare un soggetto innovativo e in qualche misura sconosciuto. E 'stato specificato di cambiare l'argomento iniziale, come la revisione bibliografica approfondita che abbiamo affrontato era in fase di completamento - di opere che non cita in questo articolo per capire che già contribuiscono alla scienza del diritto di esecuzione ipotecaria da altri campi -. E infatti la nostra ipotesi è cambiata: siamo partiti dall'idea che il processo di esecuzione ipotecaria, anche con le sue riforme, era assolutamente incompatibile con il diritto dell'Unione. E nelle conclusioni manteniamo esattamente il contrario.

In questo contesto, vorremmo sottolineare che il nostro lavoro di ricerca è monografico, in cui ci occupiamo di un solo argomento molto specifico: come il principio di effettività del diritto dell'Unione Europea influenza il processo di esecuzione ipotecaria. Preferiamo restringere il campo di studio alla ricerca della massima concretezza delle conclusioni, a differenza del modello delle tesi panoramiche che affrontano questioni ampie e difficili da condensare nel lavoro che deve costituire una tesi di dottorato, per evitare il rischio che lo sviluppo diventi confuso o incompleto. Anche così non perderemo la vista panoramica, perché, come afferma Umberto ECO nel suo famoso manuale, "solo inserendo il tema specifico nel panorama come sfondo si può capire e spiegare".<sup>4</sup> Per questo motivo il nostro punto di forza è il rapporto tra i tribunali degli Stati membri e la CGUE con i loro obblighi più generali, al fine di

---

<sup>2</sup> PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 27.

<sup>3</sup> PÁEZ, E., *Escribir. Manual de técnicas narrativas*, Madrid, SM, 2005, p. 108.

<sup>4</sup> ECO, U., *Cómo se hace una tesis*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2006, pp. 29-30.

discendere al principio di effettività e alla sua applicazione concreta al processo di esecuzione ipotecaria spagnola.

A tal fine, dimostreremo le diverse tecniche metodologiche con cui abbiamo lavorato.

Il primo è logico-sistematico. Questo metodo cerca l'elaborazione concettuale delle norme attraverso procedure logiche che permettono di cogliere la struttura sistematica delle diverse categorie giuridiche<sup>5</sup>. Questa tecnica viene utilizzata per analizzare l'insieme di principi e mezzi che compongono l'ordinamento giuridico<sup>6</sup>. Il diritto è visto come un sistema, e dal rapporto tra i requisiti formali della legge si estraggono i principi che lo sostengono.

Questo metodo è la combinazione di due interpretazioni fondamentali: logica e sistematica. L'interpretazione logica si basa sul presupposto che l'indagine del significato letterale della norma non deve mai esaurire l'attività ermeneutica. L'interpretazione grammaticale deve essere integrata dal pensiero e dallo spirito della legge. A tal fine, l'interpretazione della legge deve cercare, in primo luogo, lo scopo specifico perseguito dalla norma e, se questo non è chiaro, si deve tenere conto dello scopo generale dell'ordinamento giuridico in relazione alle particolarità del caso<sup>7</sup>.

L'interpretazione sistematica consisterebbe nel mettere in relazione una norma con le altre che costituiscono un'istituzione giuridica, e ciascuna istituzione con le altre fino a quando non saranno raggiunti i principi fondamentali dell'intero sistema giuridico. La ragione sarebbe che lo studio di una norma isolata porterebbe a conclusioni assurde, dando un senso opposto a quello che dovrebbe avere in realtà<sup>8</sup>.

In questo contesto, deve essere presa in considerazione un'importante precisione metodologica, e questa è quella che la dottrina autorevole è giunta a definire l'esondazione delle fonti del diritto. La realtà giuridica degli Stati membri dell'Unione europea si basa sul pluralismo, che comporta l'abrogazione o la mitigazione dell'idea di monopolio statale o gerarchia delle norme, con un'indubbia erosione della legge come fonte del diritto. In questa nuova configurazione del sistema delle fonti interverrebbe l'elemento della sovrastatalità e dell'infrastatalità, che comporterebbe un fenomeno di abbandono delle codificazioni formali interne a favore di norme speciali sovrastatali, elemento in cui il primato del diritto dell'Unione Europea avrebbe una particolare rilevanza. Per questo motivo, la dottrina sostiene un progressivo abbandono dei postulati dell'unità e della gerarchia normativa, in contrapposizione all'emergere di

---

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la ciencia del derecho. Volumen III. Nueva evolución de las posiciones y las directrices metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo*, 2, Graficas Uguina, 1971, pp. 67 y ss.

<sup>6</sup> PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *La reforma del arbitraje de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 14.

<sup>7</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1947, pp. 239 y 243-244.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 244.



sistemi di "interlegalità" in cui si intersecano e si intersecano in modo asimmetrico aree e livelli giuridici correlati.<sup>9</sup>

In questo modo, come ha sostenuto anche la dottrina, le norme non sono disaggregate, ma collegate in modo molteplice l'una all'altra. Nel metodo interpretativo, scoprire le connessioni tra le norme giuridiche e i principi guida dell'ordinamento giuridico e esporle in modo ordinato per rendere possibile una visione d'insieme sotto forma di sistema è uno dei compiti identificati come i più importanti nel metodo scientifico giuridico<sup>10</sup>.

Al fine di comprendere la validità formale del processo di esecuzione ipotecaria spagnola, abbiamo scelto di interpretare il sistema giuridico spagnolo ed europeo come un sistema in cui il rapporto tra loro è caratterizzato da principi che modulano e condizionano la loro interazione.

Utilizziamo anche il metodo giurisprudenziale o precedente, che acquista grande importanza nel nostro studio. La forma si baserebbe sulla presentazione di una causa contro una causa, il che comporta grandi difficoltà in quanto le semplici opinioni espresse in una decisione non sono necessariamente necessarie per il contenuto della sentenza. In questo senso, la giurisprudenza presenta principi, ma che in molte occasioni si esprimono in modo semplice e poco chiaro. Ciò richiede lo studio della *ratio decidendi*, e un esame approfondito delle circostanze di ciascun fattispecie al fine di effettuare una valutazione comune.<sup>11</sup>

Sembrerebbe che nel nostro lavoro si ponga particolare enfasi sull'analisi e l'interpretazione della giurisprudenza emanata dalla CGUE. Ma lo giustifichiamo in quanto è necessario chiarire la validità dello stesso diritto processuale nazionale spagnolo, che costituisce la ragione ultima.

I problemi di compatibilità del diritto processuale spagnolo con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea possono presentare una grande complessità in relazione al numero di decisioni e ai loro molteplici orientamenti. Non invano abbiamo applicato il metodo cartesiano nella configurazione del nostro indice, prendendo due dei suoi principi. Da un lato, dividere la difficoltà dell'oggetto di studio in quante più parti possibili per arrivare ad una soluzione adeguata. E d'altra parte, per cominciare dall'analisi dei concetti più semplici per salire a quelli più complessi, ammettendo l'ordine tra loro e la loro naturale precedenza<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2011, pp. 90-92.

<sup>10</sup> LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 437.

<sup>11</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, cit., pp. 124-125, al hilo del sistema inglés de Derecho jurisprudencial.

<sup>12</sup> DESCARTES, R., *Discurso del método*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, pp. 82-83.

Come afferma la dottrina classica, il diritto porta nella vita giuridica l'elemento della fissità, ma manca di un contatto intimo con i fatti e la vita reale<sup>13</sup>. Nell'oggetto del nostro studio, il diritto comincia ad acquisire una funzione inversa: perde la sua fissità, appunto, nelle mani della giurisprudenza a causa del contatto con fatti concreti.

La dottrina studia il processo di creazione giudiziaria del diritto. La formazione di nuove regole o istituti giuridici non è istantanea. In primo luogo, si afferma il principio, che si concretizza in interpretazioni successive, poi si applica a un particolare gruppo di casi o ipotesi e infine si estende a più gruppi. Alla fine, tuttavia, quando si tratta di accettare un principio, i tribunali non possono ignorare il fatto che esso viene applicato in un caso specifico e che può avere ripercussioni in gruppi di casi comparabili. In questo senso, il precedente può ottenere la stessa validità di fatto o di efficacia della legge. Inoltre, si attribuisce un elemento di convinzione, cioè la speranza che i tribunali si attengono al precedente e che quanto espresso nel precedente è conforme al diritto<sup>14</sup>.

In relazione al metodo giurisprudenziale, la dottrina pone particolare enfasi sull'individuazione dell'argomentazione giuridica. L'applicazione del diritto nelle mani del tribunale può aderire o deviare dai suoi precedenti, ma in entrambi i casi la dottrina considera necessario un dovere di prova. Il ricorso al precedente contribuisce alla certezza del diritto e alla fiducia nell'applicazione del diritto. Tuttavia, se le decisioni cambiano e sono incompatibili tra loro, l'esistenza di coerenza è contraddetta (compatibilità logica tra due affermazioni dogmatiche). Pertanto, la deroga a un precedente deve comportare l'assunzione di un onere aggiuntivo di argomentazione<sup>15</sup>.

Altrimenti, comprendiamo che il rischio di problemi logici interpretativi (rapporto di un'espressione con un'altra espressione in un contesto) persisterebbe, tra i quali spicca l'incoerenza. Tale sarebbe la divergenza tra due norme quando gli effetti giuridici incompatibili sono imputati alle stesse condizioni di fatto. L'incoerenza, in quanto problema logico, non può essere risolta né con la logica né con l'applicazione di principi interpretativi che operano meccanicamente<sup>16</sup>.

Pertanto, uno dei principali obiettivi metodologici del nostro studio è stato l'individuazione di possibili incoerenze o difetti nell'argomentazione corretta che dovrebbe essere richiesta del contributo della giurisprudenza alla scienza del diritto, e in particolare della CGUE per il suo innegabile ruolo nel sistema sovranazionale

Ed è che, come riassume brillantemente il maestro italiano CARNELUTTI, la metodologia del diritto come scienza partirebbe dal confronto e dalla classificazione. Con il confronto si mette in luce la qualità degli oggetti, la loro realtà e concretezza una

---

<sup>13</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, cit., pp. 366-367.

<sup>14</sup> LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 431-432.

<sup>15</sup> ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 264-265.

<sup>16</sup> ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2006, pp. 164 y 170.

volta che si procede all'osservazione. Il confronto porta a verificare che tra i dati o gli oggetti ci sono alcuni che hanno una qualità identica o comune, e altri che non lo fanno. In questo modo gli oggetti sono divisi in classi, sono classificati. Per il maestro italiano la classificazione consiste nel distribuire in gruppi omogenei, nel cui raggruppamento è condivisa una qualità. In questo modo i concetti nascono e si formano nel pensiero, per uscirne quando le idee vengono trasferite<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> CARNELUTTI, F., *Arte del derecho. Metodología del derecho*, Buenos Aires, El Foro, 2006, pp. 153-169.

## INTRODUCCIÓN

### I.OBJETO DE ESTUDIO.

Pocas materias han precisado y sufrido más reformas legislativas en la disciplina del Derecho procesal civil español como el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sobre todo en el último lustro.

Entre otros textos legales que han modificado el procedimiento de ejecución especial, regulada entre los artículos 681 y 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, señalamos los siguientes:

1. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

2. Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

3. Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

4. Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

5. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

6. Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

La mayoría de reformas afectan a elementos muy característicos del procedimiento en su redacción anterior a las mismas, como la limitación en los motivos de oposición invocables por el ejecutado y en general restricción de sus medios de defensa, entre otros.

Es un hecho notorio e innegable que el Derecho de la Unión Europea aplicado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido una muy especial repercusión en el Derecho procesal interno español, y en particular en la ejecución hipotecaria<sup>18</sup>. Por eso, es preciso acudir a la razón que subyace en esta realidad.

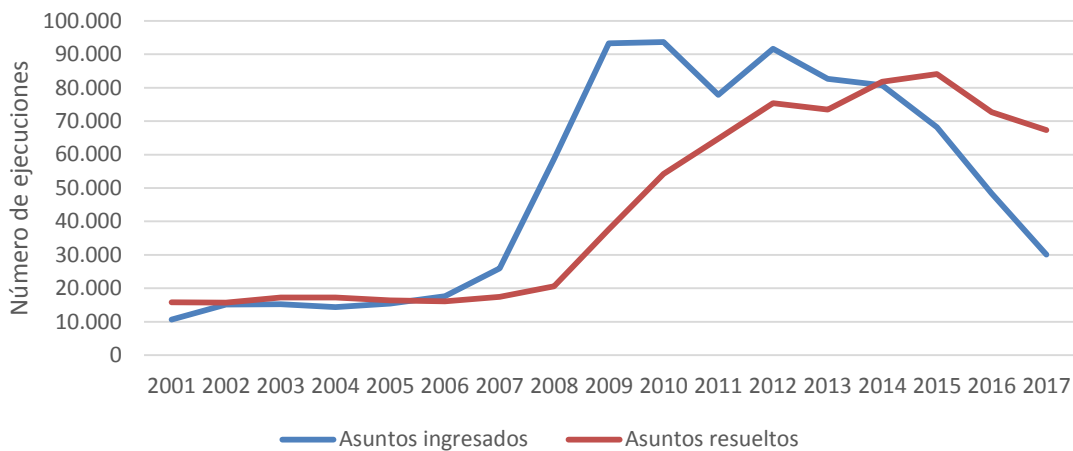
---

<sup>18</sup> Puede verse, en este sentido, HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las exigencias procesales europeas», cit., pp. 41 y ss.

Para apreciar la magnitud del problema es necesario partir de una idea esencial: la ejecución de la hipoteca y el fenómeno de pérdida de la vivienda ha sido uno de los problemas de mayor trascendencia manifestados durante el periodo de gran recesión a la que se enfrentó España, así como el resto de Europa y el mundo, entre los años 2007 y 2015, aproximadamente.

Para ello acudimos a los datos oficiales al respecto:

**Figura 1. Evolución de las ejecuciones hipotecarias en España a partir de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**



Fuente: elaboración propia a partir de la base de datos de estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial (2018).

La evolución de las ejecuciones hipotecarias en España, desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil se mantuvo estable, rondando las cifras de asuntos ingresados entre 15.000 y 18.000 asuntos, tal y como se observa en la Figura 1.

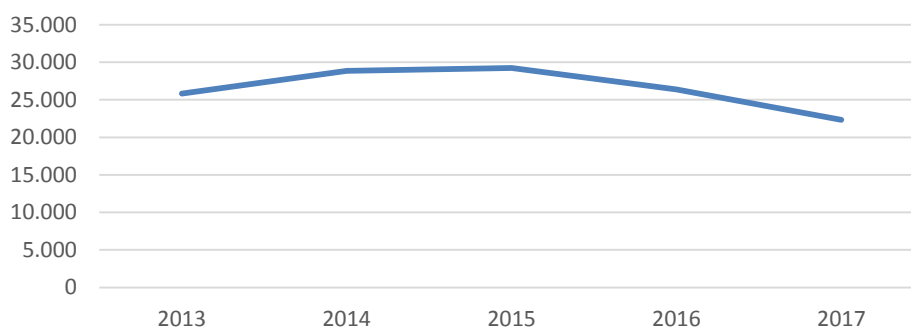
Se puede observar como a partir de la etapa de recesión y posterior crisis económica, que se inició durante los años 2007 y 2008, el número de asuntos ingresados así como resueltos se ha incrementado considerablemente, alcanzando cifras superiores a los 90.000 asuntos ingresados y con una media de 80.000 por año en este periodo. Los efectos de esta crisis económica muestran que el número de ejecuciones hipotecarias se han multiplicado por nueve durante este periodo.

A partir del año 2013 se produce una clara disminución del número de asuntos ingresados, con valores que se aproximan a los datos existentes antes de dicha etapa de recesión. Tal año coincide con el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-415/11, caso Aziz, y toda la jurisprudencia que le sucedió, interpretadora de la oposición del proceso español de ejecución hipotecaria

al Derecho de la Unión Europea en materia de consumo y no vinculación de cláusulas abusivas.

Esta tendencia puede comprobarse en el número de lanzamientos producidos a consecuencia de una ejecución hipotecaria a partir del año 2013, año a partir del cual se tienen datos disponibles (figura 2).

**Figura 2. Evolución de los lanzamientos producidos a consecuencia de ejecuciones hipotecarias en el periodo 2013-2017.**



Fuente: elaboración propia a partir de la base de datos de estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial (2018).

No cabe duda de que la intervención del TJUE con la interpretación aplicada del Derecho de la Unión Europea fue un factor que provocó la progresiva reducción del número de ejecuciones hipotecarias iniciadas en España. Sus repercusiones no sólo se dirigieron al terreno de la práctica judicial, sino que como hemos visto al inicio fue la causa de gran número de cambios legislativos. Esta situación generó -y a día de hoy sigue generando- una enorme preocupación y desconcierto en los operadores jurídicos y en los estudiosos del Derecho procesal.

En concreto, la principal causa de inadecuación del comentado proceso español con el Derecho de la Unión Europea es el llamado principio de efectividad.

De dicho principio resaltamos una falta de consideraciones teóricas, tanto en el plano doctrinal nacional español como en el europeo, que demandan una investigación lo más exhaustiva y profunda posible en la materia con el fin de aclarar su contenido, naturaleza y principales características.

## II. ESTRUCTURA TEMÁTICA.

Teniendo en cuenta el objeto de nuestra investigación, y en pos de dilucidar hasta qué punto el Derecho de la Unión Europea puede afectar al Derecho procesal nacional –y en concreto a la ejecución de la hipoteca– la hemos estructurado en cinco capítulos, a través de los cuales hemos tratado de dar una respuesta lo más rigurosa posible.

En el primer capítulo hemos tratado de aclarar las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisdicción española. En el Derecho procesal civil interno español ha aparecido un nuevo plano jurisdiccional supranacional, como es el europeo. Y una nueva fuente de normas que no emanan expresamente de las instituciones nacionales. Todo ello se traduce en una obligación general, tanto para la jurisdicción española como para sus órganos legislativos, como es garantizar los cauces jurídicos adecuados para el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

El Derecho procesal nacional se está adentrando en un proceso de integración europeo, que a diferencia de la armonización no es directo sino que viene condicionado de la jurisprudencia del TJUE, la cual establece límites interpretativos a la legislación española y su aplicación. Estos límites pueden llegar a afectar en gran manera a instituciones tradicionales del Derecho procesal español, como la ejecución hipotecaria (presente en el ordenamiento procesal español desde la Ley hipotecaria para las provincias de ultramar de 1893).

El principal límite interpretativo vendrá de la mano de un principio, cual es el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea. Para reflejar este grado de afección, es en el primer capítulo donde hemos preferido ubicar la interpretación de la Sentencia Aziz de 2013 (C-415/11), que como hemos comprobado más arriba constituye un punto de inflexión no sólo respecto a las reformas legislativas, sino en la litigiosidad planteada a través de dicho procedimiento.

Por ello hemos considerado de fundamental importancia, teniendo en cuenta el impacto de dicho principio en el Derecho procesal y en vistas a comprobar hasta qué punto puede extenderse, proceder a un estudio profundo del mismo en el capítulo segundo. Por ello nos detendremos en aspectos como su delimitación, sus fundamentos jurídicos, consecuencias jurídicas y ámbitos de aplicación. Igualmente, hemos considerado necesario deslindarlo de otras figuras que pueden llegar a asimilarse y compartir contenido con el principio de efectividad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión Europea.

De entre todos los ámbitos de aplicación del principio de efectividad hay uno que cobra vital importancia, como es el Derecho europeo de consumo y en particular el Derecho de no vinculación de cláusulas abusivas. Este derecho tiene una particularidad

de especial relevancia, cual es su categoría de orden o interés público comunitario. Por esta razón sus consecuencias jurídicas tendrán mayor impacto sobre los órganos jurisdiccionales nacionales, y es la razón por la que nos detendremos en su estudio en el capítulo tercero.

Una vez que hayamos estudiado el contenido del principio de efectividad, y en particular sus especialidades en el ámbito de Derecho europeo de consumo, habremos logrado el marco teórico adecuado para analizar entonces la adecuación del proceso de ejecución hipotecaria español con el Derecho de la Unión Europea. Sobre este tema existe una rica jurisprudencia que precisa de un estudio particularizado, siempre y a la luz del principio de efectividad. Por ello, en el capítulo cuarto procederemos al análisis de la jurisprudencia de la Unión Europea más específica sobre la materia, con el objeto de determinar hasta qué punto es compatible o no el proceso español de ejecución hipotecaria en su regulación actual y con las reformas legislativas operadas con el Derecho de la Unión Europea.

Todo ello siendo conscientes de que hay materias procesales de particular importancia, como el vencimiento anticipado del art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que a fecha de redacción de este trabajo (octubre de 2018) están siendo estudiadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y podrán repercutir decisivamente en la ejecutabilidad de los préstamos de ejecución hipotecaria firmados antes de 2013 sobre todo, que contemplan la cláusula de vencimiento anticipado por debajo del umbral legal. Pero en cualquier caso en nuestro análisis incluiremos todas las resoluciones que afecten al resto de dimensiones legislativas.

Finalmente, entendemos necesario concluir el presente trabajo con el impacto de las Cartas europeas de derechos en el mismo proceso de ejecución hipotecaria. Esto es así en base a dos razones: la primera, por incluir el TJUE en su fundamentación criterios y ámbitos de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos (como nos detendremos en el texto principal) y la segunda, por complementar el nivel del Consejo de Europa y en particular el comentado CEDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el sistema de protección de derechos a nivel del continente europeo, siendo de aplicabilidad directa a las personas que se encuentren bajo jurisdicción española.

### III. METODOLOGÍA.



Una investigación con vocación de rigor se enfrenta a la exigencia de plantear los métodos más idóneos para el desarrollo del trabajo<sup>19</sup>. La metodología jurídica, y sus múltiples técnicas se convierten en las herramientas imprescindibles para alumbrar conclusiones innovadoras a la ciencia del derecho.

Se diferencian dos técnicas de planificación en la escritura artística: de brújula y mapa. La escritura de brújula consiste en dejarse llevar por el ritmo de la escritura, e ir delimitando las circunstancias a medida que se avanza en la redacción. Sería como si el autor fuese explorador en un mundo desconocido. Y por otro lado la escritura de planificación o mapa, que consistiría en saber o tener determinado desde el momento inicial las líneas generales, incluyendo el final<sup>20</sup>. Entendemos que si bien la planificación pueda ser muy útil para la escritura creativa, debe distanciarse del método científico que es más que exigible al trabajo de una tesis doctoral. Podemos tener hipótesis muy sólidas, pero nunca podemos saber el “final” de antemano. Ni la quiromancia ni la adivinación pueden suplantar la propia experiencia del investigador a la hora de seguir las pautas metodológicas tratando de descubrir la verdad. En ese sentido los investigadores comparten una característica común, y es que somos exploradores que nos aventuramos y adentramos en las tierras ignotas del conocimiento.

No escondemos que esta tesis se ha escrito con brújula, y rompiendo mapas y derroteros a medida que trataba de sintetizar un tema innovador y hasta cierto punto desconocido. Se ha especificado hasta cambiar el tema inicial, a medida que la profunda revisión bibliográfica que hemos afrontado se iba completando –de obras que no citamos en este trabajo al entender que ya contribuyen a la ciencia del derecho de la ejecución hipotecaria desde otros ámbitos–. Y de hecho nuestra hipótesis ha cambiado: partimos de la idea de que el proceso español de ejecución hipotecaria, aun con sus reformas, era absolutamente incompatible con el Derecho de la Unión. Y en las conclusiones sostenemos precisamente lo contrario.

En tal tesitura precisamos y adelantamos que nuestro trabajo de investigación es monográfico, en el que tratamos un solo tema muy específico: cómo el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea afecta al proceso de ejecución hipotecaria. Preferimos restringir el campo de estudio en pos de la máxima concreción de las conclusiones, frente al modelo de tesis panorámicas que abordan cuestiones amplias difícilmente condensables en el trabajo que debe constituir una tesis doctoral, para evitar el riesgo de que el desarrollo se desenfoque o quede incompleto. Aun así, no perderemos la vista panorámica, pues, como afirmó Umberto ECO en su famoso manual, “sólo insertando el tema específico en el panorama como telón de fondo se comprende y se explica”<sup>21</sup>. Por ello nuestro punto de relieve es la relación entre los tribunales de los Estados miembros y el TJUE con sus obligaciones más generales, para ir descendiendo

---

<sup>19</sup> PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, cit., p. 27.

<sup>20</sup> PÁEZ, E., *Escribir. Manual de técnicas narrativas*, cit., p. 108.

<sup>21</sup> ECO, U., *Cómo se hace una tesis*, cit., pp. 29-30.

al principio de efectividad y su aplicación concreta al proceso español de ejecución hipotecaria.

Y para ello, vamos a manifestar las diferentes técnicas metodológicas con las que hemos trabajado.

La primera es la lógico-sistemática. Este método busca la elaboración conceptual de las normas por medio de procedimientos de carácter lógico, que permiten captar la estructura sistemática de las diferentes categorías jurídicas<sup>22</sup>. Con esta técnica se analiza el conjunto de principios y medios que construyen el sistema jurídico<sup>23</sup>. El Derecho se contempla como un sistema, y de la relación entre los requisitos formales de la ley se extraen los principios que lo sustentan.

Este método es la combinación de dos interpretaciones fundamentales: la lógica y la sistemática. La interpretación lógica parte del presupuesto de que la indagación del sentido literal de la norma no debe agotar nunca la actividad hermenéutica. La interpretación gramatical debe complementarse con el pensamiento y espíritu de la ley. Para ello la interpretación del derecho debe buscar, en primer lugar, el fin concreto perseguido por la norma, y si este no se presenta claro se ha de atender al fin general del ordenamiento jurídico en relación a las particularidades del supuesto<sup>24</sup>.

La interpretación sistemática consistiría en relacionar una norma con otras que integran una institución jurídica, y cada institución con las demás hasta llegar a los principios fundamentales del sistema jurídico en su totalidad. La razón sería que el estudio de una norma aislada llevaría a presupuestos absurdos, dando un sentido contrario al que efectivamente debería tener<sup>25</sup>.

En este contexto es preciso tener en cuenta una importante precisión metodológica, y es lo que la doctrina autorizada ha venido en denominar el desbordamiento de las fuentes del derecho. La realidad jurídica de los Estados miembros de la Unión Europea se basa en el pluralismo, que conlleva la derogación o atemperación de la idea de monopolio estatal o jerarquía normativa, con una indudable erosión de la ley como fuente del derecho. En esta nueva configuración del sistema de fuentes intervendría el elemento de supraestatalidad e infraestatalidad, que conllevan un fenómeno de abandono de codificaciones formales internas a favor de normas especiales supraestatales, elemento en el que tendría una especial relevancia la primacía del Derecho de la Unión Europea. Por ello la doctrina sostiene un progresivo abandono de los postulados de unidad y jerarquía normativa, en contraposición al surgimiento de

---

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la ciencia del derecho. Volumen III. Nueva evolución de las posiciones y las directrices metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo*, cit., pp. 67 y ss.

<sup>23</sup> PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *La reforma del arbitraje de 2011*, cit., p. 14.

<sup>24</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, cit., pp. 239 y 243-244.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 244.

sistemas de “interlegalidad” en los que interseccionarían áreas y niveles jurídicos sobrepuestos y relacionados de forma asimétrica y asistemática<sup>26</sup>.

De este modo, como igualmente ha sostenido la doctrina, las normas no están desligadas sino que están múltiplemente conectadas las unas con las otras. En el método interpretativo, descubrir las conexiones entre las normas jurídicas con los principios directivos del orden jurídico y exponerlos de forma ordenada de tal manera que se posibilite la visión de conjunto en forma de sistema es una de las tareas señaladas como más importantes en el método científico jurídico<sup>27</sup>.

Para entender la propia validez formal del proceso español de ejecución hipotecaria hemos optado por interpretar el ordenamiento jurídico español y europeo como un sistema, en el que la relación entre los mismos se ve marcada por principios que modulan y condicionan su interacción.

Igualmente empleamos el método jurisprudencial o del caso, el cual adquiere gran protagonismo en nuestro estudio. La forma se basaría en presentar caso contra caso, lo cual entraña gran dificultad en tanto que las meras opiniones que se hayan expresado en una decisión no tienen por qué ser necesarias para el contenido del fallo de la sentencia. En ese sentido, la jurisprudencia presenta principios pero expresados de forma poco clara y simple en numerosas ocasiones. Para ello se requiere el estudio de la *ratio decidendi*, y el examen minucioso de las circunstancias de cada caso para poder realizar una valoración común<sup>28</sup>.

Podría parecer que en nuestro trabajo se pone especial hincapié en el análisis e interpretación de la jurisprudencia emanada del TJUE. Pero lo justificamos en razón a su carácter necesario para dilucidar la propia validez de la norma procesal nacional española, que sí constituye el presupuesto final.

Los problemas de compatibilidad de la norma procesal española con la jurisprudencia del TJUE pueden presentar gran complejidad en relación al número de resoluciones y sus múltiples orientaciones. No en vano hemos aplicado el método cartesiano a la hora de configurar nuestro índice, tomando dos de sus principios. Por un lado, dividir la dificultad del objeto de estudio en tantas partes como fuese posible para alcanzar una solución adecuada. Y por otro, comenzar por el análisis de los conceptos más simples para ascender a los más complejos, admitiendo el orden entre los mismos y su precedencia natural<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, cit., pp. 90-92.

<sup>27</sup> LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 437.

<sup>28</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, cit., pp. 124-125, al hilo del sistema inglés de Derecho jurisprudencial.

<sup>29</sup> DESCARTES, R., *Discurso del método*, cit., pp. 82-83.

Como afirma la doctrina clásica, la ley aporta a la vida jurídica el elemento de fijeza, pero le falta el contacto íntimo con los hechos y la vida real<sup>30</sup>. En el objeto de nuestro estudio, la ley pasa a adquirir una función inversa: pierde la fijeza, precisamente, a manos de la jurisprudencia a raíz del contacto con concretos hechos.

La doctrina estudia el proceso de creación judicial del derecho. La formación de nuevas reglas o institutos jurídicos no es instantánea. Primero se enuncia el principio, que se va concretizando en interpretaciones posteriores, para aplicarla a un determinado grupo de casos o supuestos y finalmente extenderla a más grupos. Pero en definitiva los tribunales a la hora de aceptar un principio no pueden ignorar que lo aplican al caso concreto, y que puede tener repercusión en grupos de casos comparables. En tal sentido, el precedente puede conseguir la misma vigencia fáctica o de efectividad que la ley. Y además se atribuye un elemento de convicción, es decir, la esperanza de que los tribunales actuarán conforme al precedente y de que lo expresado en el precedente es así según el derecho<sup>31</sup>.

En relación al método jurisprudencial, la doctrina pone especial hincapié en la detección de la argumentación jurídica. La aplicación del derecho a manos del órgano jurisdiccional puede adherirse o apartarse respecto a sus precedentes, pero en ambos casos la doctrina entiende necesario un deber de fundamentación. El uso del precedente supone una contribución a la seguridad jurídica y la confianza en la aplicación del Derecho. No obstante, si las decisiones son cambiantes e incompatibles entre sí se contradice la existencia de consistencia (compatibilidad lógica entre dos enunciados dogmáticos). Por ello el apartamiento de un precedente debe conllevar la asunción de una carga de argumentación añadida<sup>32</sup>.

De lo contrario, entendemos que persistiría el riesgo de problemas interpretativos lógicos (relación de una expresión con otra expresión en un contexto), de entre los que destaca la inconsistencia. Tal sería la divergencia entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas. La inconsistencia, en tanto que problema lógico, no puede ser resuelto ni con la lógica ni con la aplicación de principios interpretativos que operen de forma mecánica<sup>33</sup>.

Por lo tanto, uno de los principales objetivos metodológicos en nuestro estudio ha sido la detección de las posibles inconsistencias o fallas en la correcta argumentación que debe pregonarse de la contribución de la jurisprudencia a la ciencia del derecho, y en especial del TJUE por su innegable papel en el sistema supranacional.

Y es que, como brillantemente resume el maestro CARNELUTTI, la metodología del derecho en cuanto ciencia partiría de la comparación y la clasificación. Con la comparación se pone en luz la cualidad de los objetos, su realidad y concreción una vez

---

<sup>30</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, cit., pp. 366-367.

<sup>31</sup> LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 431-432.

<sup>32</sup> ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 264-265.

<sup>33</sup> ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pp. 164 y 170.

se procede a la observación. La comparación lleva a comprobar que entre los datos u objetos hay algunos que tienen una cualidad idéntica o común, y otros que no. De este modo los objetos se dividen en clase, se clasifican. Para el maestro italiano la clasificación consiste en distribuir en grupos homogéneos, en cuyo agrupamiento se comparte una cualidad. De este modo los conceptos nacen y se forman en el pensamiento, para salir de este al transferirse las ideas<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> CARNELUTTI, F., *Arte del derecho. Metodología del derecho*, cit., pp. 153-169.



## CAPÍTULO PRIMERO

### **PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA: EL CONFLICTO ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES.**

#### **§1. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS.**

##### I. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LAS “VIAS DE RECURSO” NECESARIAS PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El artículo 19-1 del Tratado de la Unión Europea (de ahora en adelante TUE) en su versión consolidada<sup>35</sup> establece que *“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”*.

El segundo inciso establece la facultad y el deber de garantizar el respeto del Derecho comunitario<sup>36</sup> por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, TJUE), siendo una disposición normativa prevista *mutatis mutandi* desde la

---

<sup>35</sup> Firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht (publicado en DOCE núm. 340 de 10 de Noviembre de 1997 y BOE de 13 de Enero de 1994), y modificado por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 (publicado en DOCE C 340, de 10 de noviembre de 1997; y BOE, de 7 de mayo de 1999), de Niza (publicado en DOCE C 080/3, de 10 de marzo de 2001; y BOE de 28 de enero de 2003) y de Lisboa (publicado en DOCE C 306/1, de 17 de diciembre de 2007; y BOE de 27 de noviembre de 2009). La versión consolidada aparece en el DOUE n° C 326 de 26/10/2012.

<sup>36</sup> En el presente trabajo empleamos ocasionalmente la denominación «Derecho comunitario», conscientes de que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es más correcto el empleo en su lugar de «Derecho de la Unión Europea».

redacción original del art. 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (de ahora en adelante TCE) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Con carácter general establece el papel nomofiláctico del Tribunal de Justicia<sup>37</sup>, tanto en las instituciones europeas como los Estados miembros. En la labor de uniformización y eficacia del Derecho de la Unión el TJUE juega un papel esencial como órgano tendente a lo que alguna vez podría llegar a considerarse una especie de “casación europea”, pero las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la europea se irán haciendo cada vez más complejas y problemáticas entre otras razones porque el Derecho de la Unión configura un sistema jurídico con un ámbito material cada vez mayor y más importante<sup>38</sup>.

El mecanismo por el que los órganos jurisdiccionales nacionales recurren al TJUE sería a través de la cuestión prejudicial, regulado en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de ahora en adelante TFUE)<sup>39</sup>. Mediante la misma, cuando ante los órganos jurisdiccionales nacionales se plantee una cuestión relacionada con la interpretación de los Tratados de Derecho primario de la Unión Europea<sup>40</sup> o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (entre los que se incluiría el Derecho europeo secundario o derivado); podrá pedir al TJUE que se pronuncie sobre la misma. El órgano jurisdiccional nacional podrá plantear la cuestión si estima necesaria una

---

<sup>37</sup> MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 5, 2014, p. 1180.

<sup>38</sup> En este sentido vid. BAQUERO CRUZ, J., «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», *Revista española de derecho europeo*, vol. 13, 2005, pp. 56-58. De hecho es premisa de HINAREJOS, A., *Judicial control in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 4 que el TJUE actúa como un tribunal constitucional federal, pues ejerce una función de último intérprete y garante de las normas, y ejerciendo una función muy similar a la declaración de la legislación como inconstitucional (en las interpretaciones de no conformidad de la norma nacional al Derecho de la Unión). SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO esboza tres modelos de poder judicial a raíz de la concepción de la cuestión prejudicial en los Tratados. Por un lado un modelo horizontal o de cooperación formal, que partiría de la base de que las relaciones entre el juez nacional y el comunitario se ubican en compartimentos estancos. Por otro lado, un modelo vertical o de corte federal, en base al cual el TJUE aspiraría a convertirse en un Tribunal Constitucional o Supremo de la Unión, ejerciendo su papel jurisdiccional en la cúspide de la organización judicial europea. Y por otro un modelo discursivo, en la que el Tribunal de Justicia formaría parte de una organización compleja en la que formaría parte de procesos racionales en la adopción de acuerdos y estaría forzado a convivir con tantas instancias constitucionales como Estados miembros, así como con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 62 y ss. En opinión del autor el TJUE ha actuado en muchos aspectos como un Tribunal Supremo de la Unión con la facultad de delimitar su propia competencia y la de sus homólogos nacionales (sobre todo en relación a la aplicación del principio de efectividad) si bien se ha mostrado en otras ocasiones con un talante más abierto, dialogante u horizontal en sus relaciones con los jueces nacionales.

<sup>39</sup> Cuya versión consolidada aparece publicada en el DOUE n° C 326 de 26/10/2012. Deriva del Tratado firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, denominado Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. A partir del Tratado firmado en Maastricht de 7 de febrero de 1992 y las reformas que supuso pasó a denominarse Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Finalmente, a partir de las reformas del Tratado de Lisboa se denominó Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>40</sup> Conformados por el TUE, TFUE, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 (cuya versión consolidada aparece publicada en el DOUE C 203/01, de 7/6/2016) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y actualizada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (versión consolidada publicada en el DOUE C 202/405, de 7/6/2016).



decisión al respecto para poder emitir su fallo, y el mismo TJUE será competente para pronunciarse. De esta forma se mantiene, desde el punto de vista teórico, la interpretación unificada del Derecho de la Unión Europea.

La doctrina lo ha sintetizado de forma muy clara: con el art. 19-1 TUE los jueces nacionales son una parte integrante del sistema judicial europeo establecido en los Tratados, y el sistema entero (de jueces nacionales y el TJUE) se basa en la efectividad en la aplicación del derecho en el nivel de los jueces nacionales<sup>41</sup>. Estamos en presencia de, como lo ha denominado la doctrina, una metamorfosis del monopolio estatal de la jurisdicción. La jurisdicción estatal es limitada por el TJUE en las materias de su competencia<sup>42</sup>.

El estudio del tercer inciso centrará el objeto de nuestro estudio, pues la obligación que establece en el último párrafo para los Estados miembros<sup>43</sup> será decisiva para la comprensión de la jurisprudencia del TJUE perfilada en torno al proceso español de ejecución hipotecaria. En este sentido la jurisprudencia del TJUE ha jugado una función que se ha definido como “cuasilegislativa”, en el que la aplicación de las fuentes del Derecho de la Unión se ha ido traduciendo en la modificación o no aplicación de las normas internas de los Estados miembros<sup>44</sup>.

La aplicación uniforme del Derecho comunitario ha comprendido tres aspectos, sintetizados por la doctrina de la jurisprudencia del TJUE: el primero consiste en definir el alcance exacto de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión Europea, el segundo en prever sanciones adecuadas que garanticen la aplicación de dichos derechos, y el tercero en poner a disposición de los justiciables recursos judiciales que permitan garantizar dichos derechos y las sanciones que garanticen su aplicación a través del proceso judicial<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> PERNICE, I., «The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU», en EUROPEAN COURT OF JUSTICE (coord.) *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague, Asser Press, 2013, p. 388.

<sup>42</sup> CARPI, F., «La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 3, 2016, p. 815.

<sup>43</sup> Introducida literalmente por el art. 1-20 del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, anteriormente referenciado. Previamente tal disposición normativa ya fue prevista en el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en concreto en su art. I-29, p. 1, párrafo 2º, rechazado por el no obtenido en los referendos celebrados en Países Bajos y Francia. De hecho, algunas voces interpretadoras del Proyecto de Constitución para Europa criticaron la ausencia en dicho proyecto de un recurso directo ante el Tribunal de Justicia, vid. JARABO CALATAYUD, A., «La aplicación del Derecho comunitario por los tribunales españoles. Balance y perspectivas de futuro a la vista de la Constitución europea», en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (coords.) *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 458.

<sup>44</sup> AZZARRI, F., «Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo», *i Contratti*, vol. 12, 2015, p. 1087; o DE LEONARDIS, F., «La tutela cautelare: principi comunitari ed evoluzione della giurisprudenza amministrativa europea», *Diritto Processuale Amministrativo*, vol. 4, 1993, p. 409.

<sup>45</sup> VAN GERVEN, W., «Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?», *Common Market Law Review*, vol. 32, 3, 1995, p. 691.

II. CUESTIÓN PREVIA: CONSIDERACIONES SOBRE LA EXPRESIÓN “VÍAS DE RECURSO NECESARIAS”. RELECTURA DEL CONCEPTO DE “*REMEDIES SUFFICIENT*” E INTERPRETACIÓN COMO CAUCES JURÍDICOS NECESARIOS.

La expresión “vías de recurso” debe interpretarse a los efectos del propio sentido de la norma. Al margen de la concepción de nuestra tradición jurídica como petición motivada dirigida a un órgano jurisdiccional para que dicte una resolución que sustituya a otra que se impugna<sup>46</sup>, la versión del texto consolidado en inglés del art. 19-1 párrafo segundo ofrece la siguiente dicción: “*Member States shall provide remedies sufficient to ensure...*”.

Sin duda debe tratarse de una adaptación imprecisa del inglés al castellano, cuyo concepto base debe ampliarse. Bajo la terminología tradicional del *Common law*, el *remedy* se configuraría como cualquier método o medio provisto por el derecho para hacer valer, proteger o recuperar derechos, o para obtener una reparación por la vulneración de los mismos<sup>47</sup>. Así lo define el Oxford Dictionary of Law: “*Any of the methods available at law for the enforcement, protection, or recovery of rights or for obtaining redress for their infringement. A civil remedy may be granted by a court to a party to a civil action. It may include the common law remedy of damages and/or the equitable remedies of quantum meruit (see quasi-contract), injunction, decree of specific performance, or declaration*”. La propia voz compara la figura del *remedy* con el Derecho común, afirmando que un “remedio” civil puede ser concedido por un tribunal a una parte en una acción civil, y puede incluir la responsabilidad extracontractual, los cuasicontratos, u otro tipo de órdenes o cumplimientos específicos. De hecho algunos autores asocian la idea de “remedies” como sinónimo de acción<sup>48</sup>.

A su vez el Black's Law Dictionary, de extendido uso en los Estados Unidos ofrece un concepto más amplio de los *remedies*: “*Remedy is the means by which the violation of a right is prevented, redressed, or compensated. Remedies are of four kinds: (1) By act of the party injured, the principal of which are defense, recaption, distress, entry, abatement, and seizure; (2) by operation of law, as in the case of*

<sup>46</sup> Aceptación quinta del vocablo “recurso”, extraída del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 23ª edición, visto en web en REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, R., «Diccionario de Lengua Española», *Recurso*, 2014, fecha de consulta 22 diciembre 2017, en <http://www.rae.es/>,

<sup>47</sup> Vid. voz “remedies” en LAW, J. Y MARTIN, E. A., *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, 2009, fecha de consulta 22 diciembre 2017, en <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199551248.001.0001/acref-9780199551248>, Véase también la traducción de GÁMEZ, R. Y CUÑADO, F., «Traducción Jurídica – Qué son los «Remedies»», fecha de consulta 22 diciembre 2017, en <https://traduccionjuridica.es/que-son-los-remedies/>,

<sup>48</sup> BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 4, 2000, p. 722.

*retainer and remitter; (3) by agreement between the parties, e. g., by accord and satisfaction and arbitration; and (4) by judicial remedy, e. g., action or suit*”<sup>49</sup>. El Diccionario Black concibe el *remedy* como el medio por el cual se previene, corrige o compensa la violación de un derecho. A partir de ello extrae cuatro tipos de *remedies*: (1) los pedidos por la parte perjudicada, (2) los surgidos en aplicación de la ley, (3) por acuerdo de las partes (como el acuerdo extrajudicial o el arbitraje) y (3) los judiciales, como la acción. El ejemplo que pone el Diccionario Black es el siguiente: *The usual remedy for a breach of contract is a money judgment, but an aggrieved party could ask a court to order specific performance of the terms of the agreement*. El “remedio” más usual para el incumplimiento de un contrato es obtener una sentencia de condena, pero la parte perjudicada puede pedir a un tribunal que ordene el cumplimiento específico de los términos del acuerdo<sup>50</sup>.

De hecho, en el artículo 47 de la Carta de Derechos de la Unión Europea la expresión “*effective remedy*” es traducida en la versión española como “tutela judicial efectiva”<sup>51</sup>, si bien como hemos visto -en puridad- no coincide con la base misma de actuación jurisdiccional al extenderse a cualquier solución permitida por el derecho. Tal objeción podría hacerse extensiva a la traducción realizada de determinados pronunciamientos del TJUE, como la Sentencia de 13 de marzo de 2007 (asunto C-432/05, Unibet), en la que se prefiere el empleo de “cauces procesales” o “cauces procesales efectivos”, a pesar de que, como hemos visto, un *remedy* puede tener una manifestación extraprocesal. Pero incluso casos en los que la lengua de procedimiento ha sido el castellano se ha optado por la denominación “vías de recurso” en la traducción<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> BLACK’S LAW DICTIONARY, «What is remedy? definition of remedy (Black’s Law Dictionary)», fecha de consulta 22 diciembre 2017, en <https://thelawdictionary.org/remedy/>, que apoya en una consolidada selección de jurisprudencia estadounidense: Sweet. See *Kuapp v. McCaffrey*, 177 U. S. 638, 20 Sup. Ct. 824, 44 L. Ed. 921; *Missionary Soc. v. Ely*, 56 Ohio St. 405, 47 N. E. 537; *U. S. v. Lyman*, 20 Fed. Cas. 1,024 ; *Frost v. Witter*, 132 Cal. 421, 64 Pac. 705, 84 Am. St. Rep. 53.

<sup>50</sup> De una forma análoga a la facultad que confiere el art. 1124-2 del Código Civil español al perjudicado del incumplimiento contractual y su derecho de opción, pudiendo escogerse entre la exigencia del cumplimiento o la resolución de la obligación.

<sup>51</sup> En un momento inicial se trató indistintamente el principio (y posteriormente Derecho fundamental) a la tutela judicial efectiva al de efectividad. De hecho se ha sostenido que la tutela judicial efectiva era meramente una característica de la obligación general impuesta a los Estados miembros por la exigencia de la efectividad (lo que en Derecho de la Unión Europea podría haberse sostenido con anterioridad a la proclamación de la CDFUE, que pasa a concebir la tutela judicial efectiva como un Derecho fundamental de ámbito comunitario). Aquí se ha incluido la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984, asunto C-14/83, caso *Von Colson y Kamann*. Interpretando la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, se concluyó que la completa ejecución de las disposiciones de la Directiva no impone una forma determinada o concreta de sanción para el caso de que se viole la prohibición de discriminación. No obstante implicaría que dicha sanción pueda garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz (p. 23 de *Von Colson*). Vid. ACCETTO, M. Y ZLEPTNIG, S., «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», *European Public Law*, vol. 11, 3, 2005, p. 388.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo en el p. 41 de la Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002, asunto C-50/00 P, caso Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, se sostiene que “*corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva*”.

Y en el punto 1 letra q del anexo de la Directiva 93/13 -texto al que a lo largo del presente trabajo nos remitiremos continuamente-, al que se remite el art. 3-3 de la misma, dentro del listado meramente indicativo y no exhaustivo de cláusulas que pueden ser entendidas como abusivas figuran aquellas que tengan por objeto u efecto “*suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.*” En su versión inglesa se refiere a la descripción de dicha cláusula como *the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy*.

Lo que sí parece brotar es la nota de la necesidad, de la aptitud del cauce para dar satisfacción a la tutela pretendida con independencia de su jurisdiccionalidad, plasmación legal o fuente.

En tanto que cauce, precedería al derecho en sí según algunos autores y se trataría de un concepto no necesariamente atado a un derecho subjetivo específico, sino incluso a un interés relevante y su resarcimiento. En cualquier caso la doctrina entiende que referirse a este concepto como una acción sería insuficiente, en tanto que la acción tiene un carácter eminentemente procesal, y la idea del *remedy* buscaría la satisfacción de la intromisión en la norma o interés legítimo en cualquier norma del Ordenamiento jurídico<sup>53</sup>, “remediando” o poniendo solución adecuada al problema, daño o inmiscusión.

Por ello entendemos que, ante la amplitud de contenido y posibilidades que supone el concepto de “*remedy*” en la terminología del *Common law* presente en el Tratado de Derecho de la Unión Europea debe entenderse, bajo los parámetros del Derecho común y en concreto del español, como todos aquellos cauces jurídicos necesarios para la tutela del derecho o del interés legítimo.

En este sentido, entendemos que por “vías de recurso” el art. 19-1 TUE no se refiere sólo y de forma restringida a todas las posibilidades tendentes a una petición dirigida a un órgano judicial para que dicte una resolución que sustituye a la que se impugna. Entendemos que el legislador europeo ha querido que los Estados miembros estableciesen todos los cauces jurídicos necesarios (jurisdiccionales y no jurisdiccionales, cabría incluso apuntarse<sup>54</sup>) para garantizar la solución de conflictos entre particulares o instituciones, dentro de los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión europea (como la materia hipotecaria, tan ampliamente discutida).

De hecho la doctrina en la terminología propia del Derecho europeo diferencia entre los conceptos de derecho subjetivo, “*remedy*” en cuanto al cauce jurídico que

---

<sup>53</sup> DI MAJO, A., «Il linguaggio dei rimedi», *Europa e diritto privato*, vol. 2, 2005, pp. 343-343.

<sup>54</sup> De hecho así se ha aplicado al arbitraje en casos como *Eco Swiss* (C-126/97) o *Mostaza Claro* (C-168/05), o a un procedimiento de ejecución extrajudicial de garantía hipotecaria en *Banco Santander* (C-598/15) que se analizarán con posterioridad.

hemos definido y procedimiento, dentro de este complejo mapa que el Derecho de la Unión pretende tejer respecto a las obligaciones de los Estados. El derecho sería la posición legal de una persona que el Derecho de la Unión reconoce como tal, pasando a ser un sujeto de derecho. Y por lo tanto esa posición jurídica podría ser ejecutada por esa persona frente a uno o varios terceros, entre otros mecanismos recurriendo a un tribunal de Justicia u otro mecanismo resolutorio. En este planteamiento el *remedy* o cauce jurídico sería un tipo de acción o tutela destinado a satisfacer el perjuicio del Derecho subjetivo en cuestión. Y la norma de procedimiento sería la que gobernase el ejercicio de este tipo de acción e intentaría poner en práctica el Derecho subjetivo europeo en cuestión<sup>55</sup>.

Los cauces jurídicos o *remedies* pueden ser de varios tipos a los efectos del Derecho de la Unión: el de tutela por anulación de medidas nacionales (normativas o judiciales) y de restitución (o ejecución específica), de tutela cautelar y de tutela compensatoria. Como consecuencia, se partiría de la base de que los derechos comunitarios deberían tener un contenido uniforme en toda la comunidad, pero la forma y el tipo de los *remedies* corresponden a los Estados en ausencia de Derecho armonizado. Pero el cauce jurídico estaría dotado de propiedades, entre ellas la adecuación (es decir, que la protección no sea solo mínima, sino que permita a las personas obtener una reparación acorde con la naturaleza y el grado de interferencia en el derecho)<sup>56</sup>.

### III. LOS CAUCES JURÍDICOS NECESARIOS PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS ÁMBITOS CUBIERTOS POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. APLICACIÓN GENERAL A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES INTERNOS.

Podemos afirmar que el TUE establece la obligación de los Estados miembros de establecer todos los cauces necesarios para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión Europea<sup>57</sup>. Tal obligación, nada pacífica y

---

<sup>55</sup> VAN GERVEN, W., «Of rights, remedies and procedures», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 502-503.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 503. Como ejemplo de la necesaria adecuación vid. SÁNCHEZ RUBIO, A., «La necesaria adecuación del Derecho interno a la normativa europea sobre tratamiento de datos de las comunicaciones electrónicas en la investigación penal», en JIMÉNEZ CONDE, F. y FUENTES SORIANO, O. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 514-515.

<sup>57</sup> No solo a los Estados miembros. La obligación de establecer cauces jurídicos necesarios para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión también ha sido aplicado a las propias instituciones de la Unión. En la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, asunto C-402/05 P, asunto Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión se entendió que el reglamento controvertido (Reglamento nº 881/2002) fue adoptado sin ofrecer garantía alguna sobre la comunicación de los datos utilizados en contra de los recurrentes ni sobre

apuntada como poco clara por la doctrina<sup>58</sup>, tiene una incidencia directa en el Ordenamiento jurídico-procesal español, que ha llegado a provocar una auténtica readaptación de determinadas normas procesales para servir de forma efectiva a los fines del acervo comunitario.

El Derecho comunitario no sólo se ha canalizado en la actividad jurisdiccional del TJUE. En virtud del art. 19-1 TUE se permite la invocación de una serie de efectos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en cuanto a la integración de los mismos en el sistema judicial de la Unión Europea. Estos cauces jurídicos serían construidos en función de los diversos tipos de derechos subjetivos protegibles por el Derecho de la Unión y necesitarían de tutela que se evoca de forma concreta frente a las diferentes formas de lesión de dicho derecho que podría sufrirse por el justiciable<sup>59</sup>. No obstante el propio art. 19-1 enfatiza el hecho de que es responsabilidad de los Estados miembros la de establecer dichos cauces jurídicos, a pesar la carencia de normas relevantes de la Unión para determinar las condiciones procesales en las que los derechos europeos deben ser protegidos<sup>60</sup>.

Como premisa básica, debemos partir del llamado efecto directo del Derecho europeo, que permite a los particulares invocar directamente una norma europea ante una jurisdicción nacional o europea<sup>61</sup>. Constituye un principio básico del Derecho comunitario, y fue consagrado por la jurisprudencia del TJUE a partir de la Sentencia Van Gend en Loos del 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62), en virtud de la cual el Derecho europeo produce efectos directos y genera en favor de los justiciables –en cuanto que individuos– derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger<sup>62</sup>. Por regla general la doctrina ha sostenido que si bien los

---

la audiencia de los mismos a este respecto, de modo que se concluyó que dicho Reglamento se adoptó siguiendo un procedimiento en el que no se respetaron los derechos de defensa (en un sentido próximo al establecido en el art. 47 de la CDFUE), lo que tuvo también como consecuencia una violación del principio de tutela judicial efectiva (p. 352 de Kadi). Si bien esta referencia se orienta al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el sentido de la violación del Derecho de defensa, aspecto que no supone el tema principal del presente estudio, el Tribunal de Justicia llegó a afirmar que el Tratado y este último ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a encomendar al Tribunal de Justicia el control de legalidad de los actos de las instituciones (p. 281 de Kadi).

<sup>58</sup> Como afirma VAN GERVEN, W., «Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?», cit., p. 692. La crítica del autor estriba en el vacilante propósito del Tribunal de Justicia, que por un lado declara que su propósito no es crear nuevos cauces jurídicos ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y además porque al tratar la cuestión de dichos cauces jurídicos, el Tribunal distingue entre condiciones sustantivas y procesales sin definir ni especificar la extensión las dos categorías.

<sup>59</sup> TROCKER, N., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 130.

<sup>60</sup> CRAIG, P. Y DE BURCA, G., *EU Law*, 6, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 227.

<sup>61</sup> De hecho se ha señalado como causa de la introducción de la doctrina del efecto directo su perfilamiento como contrapeso, por un lado, a los gobiernos de los Estados miembros para cumplir con sus obligaciones derivadas del Derecho europeo, pero también por la propia naturaleza “autoejecutoria” del Derecho europeo para garantizar la uniformidad de su aplicación a manos del TJUE, y por tanto para la consecución de la efectividad del mismo. Vid. ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», *Cahiers de droit européen*, vol. 52, 1, 2016, p. 99.

<sup>62</sup>Vid. TESAURO, G., *Diritto dell'Unione Europea*, 7, CEDAM, 2012, pp. 165 y ss. Diferencia el autor entre el efecto directo y la aplicabilidad directa. El efecto directo supondría la idoneidad de la norma

Estados miembros no diseñan medios específicos para asegurar el cumplimiento de los Derechos de la Unión, por regla general los sistemas legales nacionales proporcionan los medios suficientes a través de los mecanismos de reparación a las partes perjudicadas<sup>63</sup>. De este modo se crea la justificación teórica para la eficacia plena e integral de la norma comunitaria, frente a los límites que establecían las tradiciones de los Ordenamientos nacionales para limitar la aplicación de normas de origen extranjero<sup>64</sup>.

De este modo, aunque el efecto directo del Derecho europeo implica la posibilidad de invocar una norma comunitaria en un órgano jurisdiccional nacional, se pone de relieve por parte de la doctrina que dicho efecto carecería de significado si los cauces jurídicos no permitiesen su exitosa invocación<sup>65</sup> y la obtención de un pronunciamiento de fondo sobre el Derecho europeo en cuestión. Por ello, el espíritu del Tratado de Lisboa implicaba que los derechos nacidos en el seno de la Unión Europea tuviesen los cauces necesarios bajo los parámetros de los derechos internos de los respectivos estados para asegurar una protección adecuada y suficiente.

Es en tal punto en el que adquiere especial relevancia el art. 19-1 TUE. La plena protección de los derechos individuales surgidos al amparo de la Unión Europea requieren un complejo sistema de cauces jurídicos y procedimientos internos de los respectivos Estados miembros, que aseguren tal protección en función del Derecho individual concreto, las diferentes dimensiones que pueda llegar a presentar y sus necesidades. Como es imaginable, el carácter heterogéneo de los sistemas procesales nacionales y las diferentes tradiciones jurídicas dificultan esta cuestión, y por esta razón el art. 19-1 TUE se presenta como una cláusula abierta que exige la compatibilidad de los cauces previstos en la miríada existente de derechos internos con la virtualidad efectiva del Derecho comunitario.

Surge, de este modo, una clara tensión entre la necesidad de asegurar una protección jurídica efectiva del Derecho comunitario y la imposibilidad de crear una maquinaria homogénea de plenitud de cauces jurídicos internos de los estados, que establecen sus diferentes procesos y procedimientos propios en los términos de sus tradiciones jurídicas. Uno de los primeros casos en plasmarse esta tensión fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG y Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland (C-33/76)*, conocida como *Rewe I*. El origen de dicho procedimiento fue que Rewe, comerciante alemán, cuestionaba la adecuación a Derecho europeo de unas exacciones alemanas en

---

comunitaria para crear derechos individuales invocables directamente ante el juez nacional. La aplicabilidad directa se trataría de una cualidad, propia de los Reglamentos como acto legislativo europeo, de no necesitar, para producir sus efectos, ninguna actuación de derecho nacional interno.

<sup>63</sup> BARAV, A., «Enforcement of community rights in the national courts: the case for jurisdiction to grant an interim relief», *Common Market Law Review*, vol. 26, 1989, p. 370.

<sup>64</sup> PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Jovene Editore, 2012, p. 6.

<sup>65</sup> Vid. CHALMERS, D.; DAVIES, G. Y MONTI, G., *European Union Law. Text and materials*, 3, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 298.

materia fitosanitaria. Cuando recurrió en casación se inadmitió por no observarse el plazo fijado por la Ley contencioso-administrativa alemana.

El Tribunal de Justicia, a partir del efecto directo, concede libertad a los Estados para regular las modalidades jurisdiccionales que salvaguardarán los derechos del Ordenamiento europeo para los particulares, consagrando el llamado principio de autonomía procesal de los Estados. Y si bien el Derecho europeo prevé medidas y procedimientos legislativos, reglamentarios y administrativos para evitar distorsiones o perjuicios en el funcionamiento del mercado común en las legislaciones internas de los Estados (lo que constituiría una armonización de los Ordenamientos estatales en este sentido, como posteriormente nos referiremos) a falta de dicha armonización los Derechos subjetivos comunitarios deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional (p. 5 de Rewe I).

No obstante, el Tribunal de Justicia excluye de esta obligación de los particulares de acudir al Ordenamiento interno procesal para ejercer los derechos europeos bajo los requisitos formales de dicho Derecho procesal en dos supuestos. Cuestión diversa sería si las modalidades y plazos procesales hiciesen imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar. Ni tampoco cuando las normas procesales que regulen o se apliquen al ejercicio de la acción prevista para el Derecho sustantivo europeo sea menos favorables que las relativas a similares acciones de Derecho interno. En el asunto Rewe I el TJUE entendió que no se daban tales presupuestos, pues se fijaron plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir (como destacó el punto quinto del caso Rewe I). De este modo se dio un peso específico al principio (denominado “fundamental” por el Tribunal) de seguridad jurídica a favor de la normativa de derecho interno que establecía el cauce jurídico en cuestión (impugnación del pago de un impuesto en vía contencioso-administrativa).

En definitiva, el Derecho comunitario permite a los Derechos nacionales internos establecer condiciones procesales específicas (en Rewe I transcurso de plazos) aplicables a las pretensiones de los individuos sobre disposiciones establecidas en el Derecho comunitario<sup>66</sup>. Todo ello aunque el establecimiento de tales condiciones procesales pueda limitar o restringir en la práctica el absoluto planteamiento de acciones basadas en Derecho comunitario por los particulares. Pero para ello establece dos limitaciones: que dichas condiciones procesales no pueden hacer imposible en la

---

<sup>66</sup> Se ha criticado que los fundamentos jurídicos esenciales del Derecho de la Unión, como el art. 19-1 TUE, que establecen la obligación de establecer los cauces jurídicos para la satisfacción de pretensiones individuales basadas en Derecho de la Unión, no se detiene en la tutela colectiva por medio de las acciones colectivas. La autonomía de los Estados miembros en cuestiones de procedimiento obstaculiza objetivo de garantizar unas condiciones equitativas en toda la UE para la reclamación colectiva (por ejemplo, por grupos de consumidores). En tal contexto el art. 4-3 TUE, más genérico, resultaría insatisfactorio. Por eso, la adopción de legislación regulatoria de la tutela colectiva a nivel de la UE sigue siendo esencial para disipar las divergencias existentes en los Ordenamientos procesales, en aras a configurar la eficacia de los procedimientos e intensificar la aplicación de los derechos de las partes. Vid. TZAKAS, D.-P., «Effective collective redress in antitrust and consumer protection matters: a panacea or a chimera?», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1131-1132.



práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar; ni que dichas normas procesales aplicables a Derecho europeo puedan ser menos favorables que las relativas a cauces jurídicos similares de Derecho interno. Es el inicio y la primera configuración de los principios de efectividad (primero) y equivalencia (segundo).

En una posición temprana el objetivo del TJUE no fue que la obligación de asegurar los cauces jurídicos necesarios a manos de los Estados implicase la creación de nuevas vías jurisdiccionales nacionales diferentes a las ya establecidas en los respectivos derechos nacionales. Así lo expresó en la Sentencia del TJUE de 7 de julio de 1981, asunto C-158/80, caso *Rewe/Hauptzollamt Kiel* (al que nos referiremos como *Rewe II*). En el p. 44 de *Rewe II* se constató que si bien el Derecho primario de los tratados introduce una serie de acciones directas que los particulares pueden ejercitar ante el Tribunal de Justicia, tal configuración no implicó de por sí la creación de vías jurisdiccionales nacionales distintas a las establecidas en el Derecho nacional para la preservación del Derecho comunitario. De este modo, se habilitó el hecho de que cualquier acción regulada en Derecho nacional debe poder ejercitarse para garantizar el respeto de las normas comunitarias de efecto directo en las mismas condiciones de admisibilidad y procesales que se aplicarían si se tratara de garantizar el respeto del Derecho nacional.

El caso *Rewe I* presenta una dicotomía, que persistirá en la delimitación de la materia a tratar. Por un lado se pronuncia a favor de una autonomía procesal de los Estados miembros, entendiendo que los cauces jurídicos para hacer efectivo el Derecho de la Unión Europea son una materia propia de los ordenamientos internos. Pero por otro lado dichos cauces jurídicos nacionales internos no pueden hacer prácticamente imposible el ejercicio de los derechos subjetivos comunitarios aunque tales derechos subjetivos comunitarios no se prevean en los ordenamientos internos, ni las normas que protejan los Derechos comunitarios puedan ser menos favorables que las relativas a cauces jurídicos similares de Derecho interno. Esta tensión ha dado lugar a una diferenciación de enfoque en los ordenamientos nacionales motivada por la autonomía procesal, pues en muchos ámbitos la Unión deja en manos del Derecho nacional la determinación de los susodichos cauces jurídicos y procedimientos, si bien en otros casos proporciona directamente los cauces específicos<sup>67</sup>.

Dicho de otro modo: La obligación de establecer los cauces jurídicos para garantizar la tutela judicial efectiva bajo los parámetros del principio comunitario obliga a los Estados miembros a regular normas procesales lo suficientemente amplias y flexibles para dar satisfacción (o al menos no impedir) a las pretensiones jurídicas subjetivas o acciones que se encuentren amparados en el Derecho comunitario; aunque no se encuentren amparadas en los respectivos derechos internos. Todo ello dentro del margen y soberanía propios para la reglamentación del Ordenamiento procesal. Tal

---

<sup>67</sup> CHALMERS, D. Y OTROS, *European Union Law. Text and materials*, cit., p. 300.

exigencia constituye un claro límite y desafío para los legisladores procesales nacionales, y en particular lo ha resultado para el legislador procesal español.

Algunos autores defienden la necesidad de un cambio en la atribución de relaciones en las competencias regulatorias de los procesos nacionales, ante el emergente ascenso del Derecho de la Unión y su primacía. De este modo contemplan el Derecho procesal nacional, a efectos del Derecho comunitario, como una especie de un cuerpo auxiliar de Derecho cuya función es garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario sustantivo<sup>68</sup>. Sin embargo esta postura es muy matizable en el sentido que una característica distintiva del sistema europeo es la interacción entre los ordenamientos jurídicos europeo y nacional. Ello conlleva dos efectos: a) por un lado se sostiene que el derecho sustantivo europeo tiene un efecto general de primacía en el derecho procesal nacional; pero, por otra parte, b) la relación entre Derecho sustantivo europeo y proceso depende del papel del poder judicial nacional en cuestión y si, en el curso de la interpretación y aplicación de las normas sustantivas, el propio poder judicial también se involucra en el proceso de elaboración de normas con el valor normativo de la jurisprudencia. Por lo tanto, al evaluar el impacto del principio de efectividad en la interacción entre la Unión y los ordenamientos jurídicos procesales nacionales se debe reconocer la interacción entre el derecho sustantivo europeo y el procesal nacional, así como el impacto de la jurisprudencia nacional (sobre todo en los sistemas de *common-law*, pero cada vez más en los sistemas de Derecho continental) en los requisitos de derecho sustantivo<sup>69</sup>.

En una primera fase jurisprudencial el Tribunal de Justicia no albergó dudas sobre la delegación de la regulación de los procedimientos al legislador procesal nacional, en ausencia de una reglamentación comunitaria de la materia<sup>70</sup>. El establecimiento de los cauces jurídicos necesarios para satisfacer los derechos subjetivos de la Unión pasó a ser competencia de los ordenamientos procesales nacionales, como se destaca en la referida sentencia Rewe I (ratificado en las sentencia Comet, que se comentará más abajo). No obstante en una segunda fase el Tribunal de Justicia resultó mucho más incisivo con la efectividad de la tutela, entendida como tutela judicial efectiva, con incursiones cada vez mayores en el Derecho procesal nacional<sup>71</sup>.

Teniendo presente un mapa tan difuso de cauces jurídicos y procedimientos para la invocación del Derecho europeo en los tribunales nacionales la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido estableciendo una serie de principios o criterios de “vigilancia” respecto a la adecuación o adaptación de los cauces jurídicos y

---

<sup>68</sup> KAKOURIS, C., «Do the member states possess judicial procedural «autonomy»?», *Common Market Law Review*, vol. 34, 1997, p. 1390.

<sup>69</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 384

<sup>70</sup> Vid. VAN CLEYNENBREUGER, P., «Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework», *European Law Review*, 1, 2012, p. 91.

<sup>71</sup> Vid. CHITI, M., «L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario», *Rivista di Diritto processuale Amministrativo*, vol. 3, 1998, p. 504.

procedimientos internos en los tribunales nacionales, y que pueden entenderse que disciplinan la autonomía procesal de los estados, como son el principio de equivalencia y el de efectividad, sobre cuyo tratamiento nos detendremos más profundamente.

De hecho, en relación al principio de efectividad se ha destacado que, dado el conjunto de organizaciones jurisdiccionales de los distintos Estados miembros, la actividad selectiva y creativa de los mismos puede provocar el riesgo de que los principios generales reconocidos por el TJUE y resto del Derecho comunitario tomen forma propia y se alejen de los propósitos y fines del sistema legal de la Unión<sup>72</sup>.

#### IV. PRESUPUESTOS PARA LA ADECUACIÓN DE LOS CAUCES Y PROCEDIMIENTOS INTERNOS AL DERECHO EUROPEO

Una característica del Derecho de la Unión Europea es que se trata de, como lo define la doctrina, un ordenamiento jurídico incompleto. Por lo tanto para virtualizarse debe penetrar sustancialmente en los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, a los que sí se les puede calificar de ordenamientos jurídicos completos<sup>73</sup>.

Como se ha dicho por la doctrina, existen cuatro circunstancias específicas en las que el Derecho europeo exige a los tribunales nacionales de los Estados miembros que adecúen los cauces jurídicos o procedimientos internos: (a) para dar cobertura al principio de responsabilidad del Estado miembro que protege a los individuos, en determinadas circunstancias, por pérdidas sufridas como consecuencia de una violación o incumplimiento previo del Derecho de la Unión Europea, (b) para el reembolso por cargos o tributos recaudados en base a una norma que incumpla el Derecho europeo, (c) para satisfacer daños por incumplimiento del Derecho europeo de la competencia y (d) para establecer medidas cautelares o provisionales cuando un tribunal nacional plantee una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Como se califica, la primera circunstancia (responsabilidad del Estado por incumplimiento) es de naturaleza autónoma, y la segunda y la tercera son de naturaleza restitutoria mientras que la última es la manifestación de la tutela cautelar<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 100.

<sup>73</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 382.

<sup>74</sup> CHALMERS, D. Y OTROS, *European Union Law. Text and materials*, cit., p. 306. De hecho, se sostiene que para garantizar que los particulares que se encuentren investidos de derechos comunitarios se encuentren protegidos de forma adecuada, el Derecho de la Unión debe facultar a los tribunales nacionales para que otorguen, en las circunstancias adecuadas, una medida cautelar que pueda inaplicar

Por el tema de nuestro estudio nos detendremos sólo en la última cuestión. Podría sostenerse con adecuada base argumental, no obstante, que el Estado español pudiese ser responsable patrimonial por incumplir el Derecho comunitario al haberse declarando contrario a la Directiva 93/13 el procedimiento de ejecución hipotecaria del Derecho español por medio de la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz, respecto de aquellas personas a las que, por aplicación de la normativa rectora del procedimiento de ejecución española se les impidió la defensa de sus derechos y la pérdida de su propiedad, con obligación de pagar el resto de crédito pendiente, así como todos los daños y perjuicios que puedan derivarse.

A pesar de ello la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo nº 1491/2017, de 3 de octubre (Recurso 427/2015, ref. RJ 2017\4438) rechaza que exista responsabilidad del Estado español por los daños y perjuicios a los que nos referimos por la aplicación de la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil española<sup>75</sup> (de ahora en adelante LEC) declarado contrario a Derecho europeo<sup>76</sup>.

---

temporalmente el Derecho nacional contrario al Derecho de la Unión. Vid. BARAV, A., «Enforcement of community rights in the national courts: the case for jurisdiction to grant an interim relief», cit., p. 389.

<sup>75</sup> Publicado en BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000.

<sup>76</sup> A juicio del Tribunal Supremo en la Sentencia 1491/2017, para que pueda apreciarse la responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario es preciso que concurren tres requisitos, por aplicación de la Sentencia del Tribunal Europeo de 5 de marzo de 1996 ("Braserie du Pêcher", C-46/1993): a) que la norma europea infringida confiera derechos a los particulares; b) que se haya realizado una infracción de la norma europea que esté suficientemente caracterizada, y c) que exista una relación de causalidad directa entre aquella infracción y el daño sufrido por el perjudicado. Respecto a la primera cuestión considera que no se está ante una infracción suficientemente caracterizada, ya que la Sentencia de 14 de marzo si bien considera que el procedimiento de ejecución hipotecaria contenido de en la LEC es contrario a la Directiva, dicho carácter contrario no lo es porque exista una vulneración frontal a lo ordenado en ella, sino porque la sumariedad de dicho procedimiento de ejecución hipotecaria dificultaba o hacía sumamente difícil al juez que conociera de dicho procedimiento pronunciarse sobre la existencia de una cláusula abusiva en el contrato que motivaba la ejecución. Por ello a juicio del Tribunal (y que nosotros consideramos claramente discutible) no había un grado de claridad y precisión de la norma vulnerada que permitiera concluir que existía una clara vulneración de la Directiva por mantener el mencionado procedimiento de ejecución. Respecto a la cuestión b) se entiende que no se infringe una norma suficientemente caracterizada, ya que la reglamentación de la ejecución hipotecaria tras la promulgación de la misma no podría admitirse como un "margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales". Ello es así porque sin perjuicio de la decisión que acabó adoptado el Tribunal de Justicia a juicio del TS español existían dudas más que razonables sobre la adecuación a la Directiva de un procedimiento de ejecución hipotecaria basado en un título notarial, citando como ejemplo analógico las conclusiones de la Abogado General en el asunto C-618/10, Banco Español de Crédito (consistentes en que la sumariedad de un proceso basado en un título notarial, evitando que pueda declararse "*a limine litis*", el carácter abusivo de una cláusula, dadas las peculiaridades y la finalidad de dichos procedimiento, no debía considerarse contrario a la Directiva 93/13). Tampoco se apreció el carácter intencional de la infracción, en base a la inmediata adaptación de la legislación en sus respectivos ámbitos sustantivos y procesales. Y en lo referente al perjuicio, la Sala de lo Contencioso se redirigió al tradicional argumento de la remisión al proceso plenario posterior, poniendo de relieve que el hecho de que los recurrentes aun pudiendo hacerlo no adujeron en el proceso ordinario correspondiente el carácter abusivo de las cláusulas no podía considerarse dicho perjuicio como de especial consideración. Vid EDITORIAL, «No responde el Estado por la vulneración del Derecho de la Unión por el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Diario La Ley. Sección Jurisprudencia.*, vol. 9098, 2017, edición digital.

Sin conocer la postura del TJUE respecto a los argumentos de la Sala de lo Contencioso puede afirmarse que los mismos pueden llegar a ser controvertidos, o como mínimo discutibles en lo referente a la visión del Alto Tribunal de la conveniencia de derechos de la Directiva 93/13 (expresamente previsto y dirigido a los particulares consumidores en el art. 7.1 de la misma) y la caracterización suficiente de la infracción en los términos de la jurisprudencia cualificada del Tribunal de Justicia (Sentencia de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du pêcheur/Bundesrepublik Deutschland* y *The Queen / Secretary of State for Transport*, ex parte *Factortame* y otros). Por ello no pueden descartarse futuros debates o replanteamientos en sede del TJUE sobre la responsabilidad del Estado español en su legislación de ejecución hipotecaria<sup>77</sup>.

La última circunstancia enumerada al principio de este epígrafe en la que el Derecho europeo exigiría la adecuación de los cauces jurídicos o procedimientos internos de los Estados sería la no obstaculización de la aplicación, ejecución o implementación del Derecho de la Unión Europea<sup>78</sup> por los órganos jurisdiccionales nacionales (por ejemplo, como posteriormente se comentará, permitiéndose asegurar el establecimiento de una medida cautelar cuando un tribunal nacional plantee una cuestión prejudicial al TJUE).

El hecho de que las normas procesales nacionales no puedan constituir un obstáculo a la protección judicial adecuada de los Derechos de la Unión sería, según la doctrina, la combinación de dos circunstancias: una, del requisito de efectividad mínima (que jugaría la función de una norma de mínimos) que se le exigiría a las propias normas procesales nacionales, y el principio de protección judicial adecuada o efectiva, de contenido más amplio, que sería exigible al cauce jurídico o *remedy* bajo una perspectiva más amplia<sup>79</sup>. Nuestra toma de postura, como posteriormente nos referiremos, consistirá en dos ideas. La primera, diferenciar los parámetros del principio de efectividad y el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y la segunda, en la necesidad de plantear un análisis omnicompreensivo<sup>80</sup> del Derecho procesal nacional en

---

<sup>77</sup> El caso *Brasserie du Pêcheur*, que se referenciará más adelante, se parte de la idea de que la infracción se considera suficientemente caracterizada cuando la inobservancia del Derecho comunitario pueda considerarse grave y manifiesta. En este sentido la doctrina aclara que debe tratarse de una extralimitación manifiesta y grave en el ejercicio de las facultades (legislativas, en el caso del Estado). Vid. ÁLVAREZ BARBEITO, P., «La responsabilidad patrimonial del estado legislador. Especial referencia a la vulneración del Derecho Comunitario», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 8, 2004, p. 73. Como se puede comprobar, el margen de discrecionalidad interpretativa es alto.

<sup>78</sup> Algunos autores extienden la prohibición de obstrucción incluso a los objetivos o fines de la Unión. Vid. ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 97, si bien en el presente estudio nos centraremos en las trascendencias jurídicas de los principios comentados.

<sup>79</sup> VAN GERVEN, W., «Of rights, remedies and procedures», cit., p. 504. Igualmente COMOGLIO, L. P., «L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 61, 3, 2006, p. 868.

<sup>80</sup> Terminología empleada por SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, cit., p. 165, en relación al control del TJUE en todos los aspectos procesales de los Derechos nacionales.

su conjunto, para no reducir el juicio sobre la adecuación a una norma procesal nacional específica, sin tener en cuenta el Ordenamiento en su conjunto.

Se parte de la idea en virtud de la cual el Derecho procesal nacional no puede constituir una barrera u obstáculo para la aplicación o implementación del Derecho de la Unión Europea. En este sentido, el Derecho de la Unión o de fuente europea que debe implementarse en los ordenamientos nacionales es principalmente de naturaleza sustantiva, lo que se contrastaría con el Derecho procesal nacional que impide al juez nacional aplicar la norma europea. Por lo tanto, resulta claro como no se trata tanto de interpretar la norma procesal a la luz de una norma europea (que puede no tener efecto directo con el alcance más general o absoluto, aspecto que en función del caso aplicará y determinará el órgano jurisdiccional en cuestión); sino de encontrar una interpretación de la norma procesal nacional que no obstaculice la aplicación del derecho material de la Unión por parte de los tribunales nacionales. En tal sentido se habla de “funcionalización” de las normas procesales nacionales al Derecho de la Unión como forma específica de la interpretación conforme (que se detallará posteriormente) aplicado al principio de autonomía procesal nacional<sup>81</sup>.

El primer precedente que presenta el Tribunal de Justicia es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990, *The Queen contra Secretary of State for Transport (ex parte: Factortame Ltd)*, también conocida como *Factortame I*, asunto C-213/89. En tal caso, el Tribunal concluyó que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales<sup>82</sup>.

En relación a unas medidas cautelares en materia pesquera, el Tribunal de Justicia interpretó el principio de cooperación en el sentido que correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario (derivado de la jurisprudencia de los casos *Ariete*, C-811/79, y *Mireco*, C-826/79).

La conservación de la efectividad del Derecho de la Unión para justificar la adopción de medida cautelar tuvo un precedente inmediato. Ya en el p. 22 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/77, caso *Simmenthal*, empleada por la Sentencia *Factortame I* para fundamentar su contenido, se puso de manifiesto la incompatibilidad<sup>83</sup> con las exigencias inherentes o propias a la

---

<sup>81</sup> Vid. MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», cit., p. 1182.

<sup>82</sup> Se llegó a calificar de pronunciamiento jurisprudencial histórico, de gran relevancia en la construcción de la dimensión procesal del Derecho europeo. Vid. CONSOLO, C., «L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)», *Diritto Processuale Amministrativo*, vol. 2, 1991, p. 271.

<sup>83</sup> El margen de incompatibilidad puede llegar a cuestiones regulatorias internas muy específicas, como ha destacado algún autor en relación a la regulación fiscal italiana. Vid. MERONE, G., «Quando il giudice

naturaleza del Derecho comunitario de cualquier disposición normativa de un ordenamiento jurídico nacional o práctica legislativa, administrativa o judicial que redujese la eficacia del Derecho comunitario.

La sentencia *Simmenthal* constituye un precedente en la exigencia de que las legislaciones nacionales se ajusten al derecho comunitario y no impidan la aplicación del Derecho comunitario por los tribunales nacionales con el establecimiento de barreras de diversa índole. El surgimiento de un obstáculo de Derecho interno tendría como resultado negar al Juez competente la facultad de hacer -en el mismo momento de esa aplicación- todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias<sup>84</sup>. Todo ello se justificaría en pos de aplicar el Derecho de la Unión correspondiente.

Esta interpretación implicó un mayor grado de aplicación del principio de primacía del Derecho e la Unión en la Sentencia *Simmenthal*<sup>85</sup>. Ello conllevó que la aplicación al supuesto de hecho de *Factortame I* hiciese obligado para el juez nacional aplicar medidas cautelares en contra de las propias leyes nacionales<sup>86</sup>.

De este modo la plena eficacia del Derecho comunitario se vería reducida, bajo el tenor del Tribunal en el considerando 21 de *Factortame I*, si una norma de Derecho nacional pudiese impedir al Juez que conoce de un litigio regido o amparado por el Derecho comunitario conceder medidas provisionales o cautelares para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario. Como epifanía de tal razonamiento se derivaría el hecho de que el Juez que esté conociendo de medidas cautelares que tengan incidencia directa en la cuestión de Derecho europeo y frente a la adopción de la medida se opusiese una norma de Derecho nacional, surgiría la obligación de dicho juez de excluir la aplicación de la norma de Derecho interno de la que se tratase.

De este modo la disposición procesal nacional (en el caso *Factortame I*, el Derecho nacional inglés) que entre en conflicto con la plena eficacia del Derecho de la Unión devendría inaplicable, hasta el punto que obligaría al órgano jurisdiccional a casi

---

nazionale puo disapplicare le norme interne in contra-sto con quelle europee?», *Il Foro Napoletano*, vol. I, 2-3, 2012, p. 937.

<sup>84</sup> En el caso *Simmenthal* se plantea un conflicto entre una disposición de Derecho comunitario y una ley nacional posterior, en la que la solución de la controversia quedaba reservada a una autoridad distinta del Juez encargado de la aplicación del Derecho comunitario (p. 23 de la Sentencia).

<sup>85</sup> La doctrina ha manifestado, metafóricamente, que el principio de efectividad (junto al resto de principios extractados por el Tribunal de Justicia) sobre los cauces jurídicos y procedimientos de los estados implica dotar de carne al esqueleto de los principios de efecto directo y primacía del Derecho europeo, ayudando a “dar vida” al Derecho de la Unión. Vid. ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», *European Law Review*, 1, 2011, p. 51.

<sup>86</sup> Precizando la doctrina que siempre que se den los requisitos del régimen concreto de las medidas, como las notas de urgencia y *fumus boni iuris*. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., «El fin del caso *Factortame*. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», *Revista de administración pública*, vol. 145, 1998, p. 126.

crear un nuevo cauce jurídico que no exista en el Derecho procesal nacional<sup>87</sup>, o por así decirlo actuar *contra legem nationalis*.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia otorga dos poderes específicos a los jueces nacionales ante el análisis del Derecho nacional de cara a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión. Por un lado el poder de desaplicar las normas de derecho nacional (incluso de rango legislativo) que representen un obstáculo impeditivo para el tribunal (a la hora de conceder medidas cautelares o dictar un pronunciamiento en el que pueda descansar una interpretación u aplicación del derecho de la Unión), y por otro el poder del juez nacional para suspender (u acometer otro tipo de medidas “positivas”) un acto administrativo adoptado en ejecución del Derecho comunitario cuya validez se encuentra *sub iudice* del TJUE<sup>88</sup>.

Como igualmente incidió la Sentencia Unibet de 13 de marzo de 2007 (C-432/05), cuando el órgano jurisdiccional competente a nivel nacional examine la conformidad de la legislación nacional con el Derecho comunitario, debe poder acordar las medidas cautelares que las partes soliciten cuando la concesión de estas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre dicha compatibilidad con el Derecho comunitario (extremo que correspondería comprobar al órgano jurisdiccional nacional) como establece el p. 76 de Unibet. Por ello la jurisprudencia comunitaria establece un límite temporal sobre el que debe extenderse la eficacia que debe proporcionar la medida cautelar: hasta que el órgano jurisdiccional nacional resuelva la posible existencia de derechos invocados por un particular fundamentados en el Derecho de la Unión. El principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario pasa a exigir de este modo que, de conformidad al Derecho procesal de los Estados miembros, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales de que se trate con el Derecho de la Unión; siempre que la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la

---

<sup>87</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 390. Otro sector de la doctrina interpretó, matizando, que el efecto principal de Factortame no fue tanto armonizar o crear un cauce jurídico nuevo, sino autorizar la creación de un cauce jurídico que debía aplicarse en cada estado. Vid. HARLOW, C., «A Common European Law of Remedies?», en KILPATRICK, C.: NOVITZ, T. y SKIDMORE, P. (coords.) *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 80.

<sup>88</sup> Del primer poder supondría un ejemplo el caso Factortame I, y del segundo la sentencia Zuckerfabrik (C-143/88) a la que se aludirá en mayor profundidad en futuras notas. Vid. LIMBERTI, L., «Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari «positivi»», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 5, 1996, p. 995. A juicio del autor (p. 999) en la sentencia Factortame I, al reconocer al juez nacional la posibilidad de desaplicar las normas procesales nacionales *prima facie* incompatibles con el derecho de la Unión no sólo se busca ofrecer al particular un nuevo instrumento de tutela. Tal sería un resultado indirecto de la sentencia, pues la verdadera intención del Tribunal sería establecer un medio de control, particularmente eficaz dados sus tiempos de operatividad, de cara a la uniforme aplicación del Derecho comunitario, mutando en “elásticas” las normas procesales nacionales.



plena eficacia de la resolución judicial que resuelva la existencia los derechos conferidos por el Ordenamiento de la Unión (p. 77 de Unibet)<sup>89</sup>.

En una tesitura similar se ubicaría el caso Aziz de la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11): el actor pidió la declaración de abusividad de un grupo de cláusulas insertas en un contrato de préstamo garantizado con hipoteca en el transcurso de un procedimiento de ejecución hipotecaria. El juez nacional español, ante el impedimento legal operado por la LEC española, no permitió sustanciar tal pretensión en el seno del procedimiento ni adoptar medidas cautelares (arts. 695 y 698 LEC), aun mediando la tramitación de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Por ello el Tribunal de Justicia consideró que la normativa europea se opone a que la normativa de un Estado miembro no permita la adopción de medidas cautelares (y en particular la suspensión de la ejecución hipotecaria) cuando sea necesario para garantizar la plena eficacia de la decisión final del tribunal.

Como ha destacado la doctrina, el simple hecho de tener que esperar al momento de la sentencia del proceso declarativo supondría de por sí una cuestión prejudicial a los intereses del demandante. Es así que concurriría lo que se ha denominado peligro de demora procesal o *periculum in mora*: el riesgo de que durante la pendencia del proceso se produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Doctrina que si bien se encuentra consolidada en los ordenamientos nacionales, es directamente aplicable a los conflictos derivados de Derecho de la Unión<sup>90</sup>.

En cualquier caso la jurisprudencia apuntada en los expresados precedentes es imprecisa respecto a cuando las medidas cautelares deberían ser garantizadas, limitándose a afirmar que tal garantía cautelar debe operar siempre que la eficacia de la aplicación del Derecho europeo se esté socavando -pendiente la tramitación de la cuestión prejudicial-<sup>91</sup>. Tal interpretación de la jurisprudencia europea puede llegar a ser

---

<sup>89</sup> La Sentencia Unibet, de este modo, confirmó la posición del Tribunal de Justicia en Factortame I, en relación a la posible adopción de medidas cautelares en contra del criterio otorgado por el Derecho procesal nacional siempre que se basen en Derecho comunitario.

<sup>90</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., «La ejecución de medidas provisionales o cautelares en el espacio judicial europeo: ¿un ejemplo de regulación al servicio de la tutela de los derechos del justiciable?», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: SIGÜENZA LÓPEZ, J.: TOMÁS TOMÁS, S. Y OTROS (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 512.

<sup>91</sup> Los principios serían igualmente variables cuando se solicita una medida (incluyéndose la suspensión) contra una ley o acto nacional que trasponga, implemente o ejecute una norma comunitaria. Los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen excluida la facultad de ordenar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo adoptado con arreglo a un Reglamento comunitario. Pero sólo se puede ordenar la suspensión de la ejecución del acto administrativo nacional adoptado en ejecución de un acto normativo comunitario cuando el órgano jurisdiccional tenga serias dudas acerca de la validez del acto comunitario y cuando, en el supuesto en que no se haya sometido ya al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez del acto impugnado, la plantee dicho órgano. También cuando sea urgente y el demandante pueda sufrir un perjuicio grave e irreparable, y cuando dicho órgano jurisdiccional tenga debidamente en cuenta el interés de la Comunidad. Correspondería únicamente al juez nacional, tomando en consideración las circunstancias concretas del supuesto de que se trate, comprobar si se cumplen los requisitos para la concesión de medidas provisionales. De lo contrario, las autoridades judiciales o administrativas nacionales de los Estados no podrían suspender la aplicación del acto o norma emanada de las

problemática: si no se establecen unos límites de aplicación temporal en razón del momento procesal o al estado material de las actuaciones, la autonomía procesal de los Estados miembros puede llegar a debilitarse patológicamente hasta tal punto que cualquier divergencia en la que el Derecho europeo pueda formar parte directa o indirectamente provocaría una especie de presunción *contra legem* de las leyes procesales nacionales, con la consiguiente lesión de la seguridad jurídica ante el establecimiento de mecanismos o excepciones procesales no contemplados en las legislaciones procesales internas<sup>92</sup>.

Como profundizaremos el Derecho europeo aboga por la efectividad, pero no consta en la normativa comunitaria que la satisfacción de los Derechos conferidos en el Derecho de la Unión necesariamente tengan que tener una satisfacción instantánea o *ipso facto* por el cauce jurídico más privilegiado que contemple la legislación

---

instituciones de la Unión Europea hasta que el TJUE se pronuncie sobre la validez. Tal opinión podría extraerse de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1991 (Asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest/Hauptzollamt Itzehoe y Hauptzollamt Paderborn, que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales ordenar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo adoptado con arreglo a un Reglamento comunitario cuando dicho órgano jurisdiccional tenga serias dudas acerca de la validez del acto comunitario y pendiente o planteada la cuestión de la validez del acto impugnado lo justifique la urgencia y riesgo de sufrimiento de un perjuicio grave e irreparable por el demandante) y de 6 de diciembre de 2005 (Asuntos acumulados C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, ABNA y otros). En este caso se atacaría un acto o norma adoptado conforme a Derecho europeo, impugnándose la validez del propio Derecho europeo, pero la doctrina mantiene que desde la perspectiva de dos partes procesales cuyos intereses se han vulnerado de forma ecuaníme, la diferenciación en la aplicación del Derecho comunitario podría llegar a ser espuria o perversa, e igualmente cuando la Unión concede a las autoridades nacionales un margen para que la uniformidad no se aplique. Vid. CHALMERS, D. Y OTROS, *European Union Law. Text and materials*, cit., 307.

<sup>92</sup> La doctrina a la luz de la delimitación del principio de interpretación coherente del Derecho nacional con el europeo, pone de relieve la necesidad de respetar el principio de seguridad jurídica en las relaciones entre particulares frente a los peligros a los que se enfrenta un juez nacional a la hora de aplicar el Derecho procesal interno. La seguridad jurídica funciona como un claro contrapeso a la plena efectividad que acarrearía consigo el principio de supremacía del Derecho europeo. Tal cuestión se comprobaría cuando los tribunales nacionales deben aplicar una excepción *contra legem* respecto al Derecho procesal interno. El principio de interpretación coherente con el Derecho europeo obliga al operador jurídico nacional a construir o casi improvisar normas procesales internas hasta el límite que pueda o en la medida de lo posible para adecuarse a la norma europea, sin llegar a una interpretación que no pueda razonablemente apoyarse en los textos nacionales pertinentes. De este modo, si el deber de interpretación coherente es en realidad un corolario del principio de supremacía, es difícil entender la lógica que subyace a la hora de articular una excepción *contra legem* respecto a Derecho interno, puesto que los tribunales nacionales deberían poder simplemente no aplicar una legislación nacional incoherente, de conformidad con los efectos de exclusión que se supone deben operar dentro del ordenamiento jurídico comunitario-nacional unitario. De hecho, la doctrina advierte que la eventual articulación de una excepción *contra legem* de los tribunales nacionales se encuentra en total contradicción con todo el espíritu del principio de primacía y de la interpretación coherente. A este respecto vid. DOUGAN, M., «When worlds collide! competing visions of the relationship between direct effect and supremacy», *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 946-947. En sentido contrario otros autores consideran al principio de efectividad como un «elemento esencial de estabilidad», pues ante los cambios políticos, económicos y sociales el principio de efectividad supondría un criterio de evaluación fiable que aseguraría el mantenimiento del ordenamiento jurídico de la Unión y la consecución de sus objetivos. Vid. ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 101.

nacional<sup>93</sup>. De ser así el Derecho de la Unión (desde el art. 19-1 TUE al resto de disposiciones normativas especiales) hubiese precisado el cauce jurídico, momento procesal o tramitación concreta en el que deba darse virtualidad al Derecho europeo, aspecto que tampoco se delimita<sup>94</sup>.

¿Podrían llegar a desplomarse los principios rectores –sobre todo en áreas del Derecho con sustantividad propia, como la que afrontamos en nuestra tesis- de los Ordenamientos procesales nacionales? Como ya hemos hecho referencia, y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia es consciente, existe un claro enfrentamiento entre la llamada autonomía procesal de los Estados miembros y los principios propios del Derecho europeo que abogan por la efectividad, como la obligación de los Estados miembros de establecer los cauces jurídicos necesarios para garantizar el Derecho a la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por Derecho europeo.

No obstante, incidimos en el hecho de que la Unión no ha desarrollado, a día de hoy, un sistema plenamente positivizado de cauces jurídicos expresos para asegurar la plena eficacia del Derecho europeo. Y parece que tampoco sea una cuestión exigida por el TJUE. En el caso plasmado en la Sentencia de 13 de marzo de 2007 (asunto C-432/05, Unibet) el Tribunal de Justicia rompe una lanza a favor de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

Es así que en el caso Unibet se sienta la máxima de que el principio de tutela judicial efectiva de los Derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario no exige que en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el Derecho europeo (p. 65 de Unibet). Todo ello siempre y cuando existan otros cauces procesales efectivos que no sean menos favorables que los relativos a las acciones nacionales similares y permitan apreciar con carácter incidental dicha compatibilidad -extremo que en todo caso de verificar el órgano jurisdiccional nacional-.

El caso Unibet hunde sus raíces en otro precedente del Derecho de la Unión, al que se remite en su punto 40, como es el caso *Rewe v Hauptzollamt Kiel- Butter-buying*

---

<sup>93</sup> Siempre que no se creen agravios comparativos respecto a derechos internos similares, lo que conllevaría la conculcación del principio de equivalencia.

<sup>94</sup> Aun así pueden encontrarse interpretaciones de variada índole. Por ejemplo la del Abogado General F.G. Jacobs en sus conclusiones de 4 de octubre de 1989 al asunto C-301/87, caso *Francia/Comisión*. En su p. 37 sostiene, en relación al alcance de la prohibición de concesión de una ayuda incompatible con el antiguo art. 93-3 del Tratado de la Comunidad Europea (por no haberse notificado o porque la ayuda notificada fue ejecutada antes de haber sido aprobada por la Comisión), que los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer efectiva la prohibición a petición de la parte interesada. Y ello implicaría que los órganos no tienen que limitarse a medidas meramente de procedimiento, como puede ser bloquear provisionalmente la posterior ejecución de la ayuda. Estarían obligados a resolver que todas las medidas que se hubiesen adoptado infringiendo la última frase del artículo 93 del TCEE son ilegales y en consecuencia adoptar todas las medidas adecuadas posibles. Ello incluiría la restitución de la ayuda ya concedida. Sólo de este modo, adoptando todas las medidas necesarias, podría satisfacer la exigencia de facilitar un recurso efectivo, lo que a juicio del Abogado General sería una exigencia inherente al concepto de derecho que puede invocarse directamente.

cruises de 7 de julio de 1981, asunto C- 158/80. En virtud del mismo se constató (p. 44) que si bien el Derecho europeo establece unas acciones directas determinadas, los tratados no se propusieron crear, para la preservación del Derecho comunitario, un conjunto de vías jurisdiccionales nacionales distintas de las establecidas en el Derecho nacional<sup>95</sup>. Todo lo contrario: el sistema de protección jurídica establecida en los Tratados constitutivos de la Unión implica que cualquier acción que expresamente contemple o regule el Derecho nacional debe poder ejercitarse para garantizar el respeto de las normas comunitarias de efecto directo en las mismas condiciones de admisibilidad y procesales que se aplicarían si se tratara de garantizar el respeto del Derecho nacional.

Por ello sólo cabría llegar a una solución diferente en el extremo de que el sistema establecido por el ordenamiento jurídico nacional que se trate no permita ninguna vía jurisdiccional, ni siquiera de carácter incidental, que garantice el respeto de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, y siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. Entendemos que esta interpretación provoca que, sin llegar a menoscabarse la efectividad del Derecho de la Unión, se respete al máximo la autonomía procesal de los Estados miembros<sup>96</sup>.

Esta idea es partidaria del razonamiento en virtud del cual en las materias no expresamente reguladas por el Derecho de la Unión, o ante la inexistencia de normativa comunitaria, impera el principio de autonomía procesal<sup>97</sup>. De hecho la doctrina científica, en relación a la idea de autonomía procesal da por supuesto que en términos

---

<sup>95</sup> La doctrina interpreta que la posición esencial del Tribunal de Justicia en la Sentencia Unibet era la de que el Derecho de la Unión no pretendía crear cauces jurídicos procesales nuevos en los Ordenamientos internos de los Estados, a menos que no hubiese ningún cauce que protegiese, aún indirectamente, los derechos del individuo consagrados en el ordenamiento comunitario. Vid. ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., p. 54.

<sup>96</sup> En tal sentido, y en referencia al Derecho europeo de consumo respecto al que más abajo nos detendremos, existen autores que han afirmado que si se produce una inexistencia de normas procesales especiales en materia de consumo, la tutela judicial dispensada a los consumidores consiguientemente sería insatisfactoria, no presentándose la vía judicial nacional como la más adecuada para hacer efectivos los derechos del consumidor. Vid. ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 185. Entendemos que, si bien la existencia de normas procesales especiales constituye un factor que puede ayudar al despacho de una tutela judicial adecuada a los consumidores y por tanto es muy aconsejable, no obstante no constituye un requisito necesario. Es en la existencia de barreras u obstáculos donde se produce la inadecuación del Derecho procesal nacional al europeo de consumo, y por lo tanto es la ausencia de barreras el principal elemento a tener en cuenta, sin que deba motivarse una reforma procesal *per se* sobre instituciones jurídico-procesales nacionales (en muchos casos muy consolidadas y estudiadas) que permiten la tutela adecuada y efectiva del consumidor, *mutatis mutandi*.

<sup>97</sup> En una línea similar se ha incluido en el principio de autonomía procesal de los Estados la libertad de los Estados miembros para designar el órgano u institución administrativa que participe, como parte recurrida, en un procedimiento judicial contra la resolución de la que dicha autoridad es autora, dada la inexistencia de normativa de la Unión Europea. Todo ello en relación al art. 35 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia. Vid. p. 2° del fallo de la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010, asunto C-439/08, caso VEBIC.

generales el Ordenamiento procesal interno establece una vía de tutela desde el punto de vista de establecimiento de las reglas y métodos de gestión de disputas<sup>98</sup>.

El caso *Rewe-Butter buying* ya se cuestionó dónde radicaba la distinción entre crear un nuevo cauce jurídico por un lado y adaptar al Derecho de la Unión las circunstancias en las que debería tramitarse un cauce ya existente en las normativas internas de los Estados, circunstancia que dispuso *Unibet*. Pero en cualquier caso la jurisprudencia citada sugería que el Tribunal de Justicia rara vez intervendría bajo el pretexto de que hacerlo implicaría la creación de un nuevo cauce jurídico en los Ordenamientos procesales nacionales. No obstante, la línea divisoria entre la creación de un nuevo cauce jurídico-procesal y la adaptación nunca se delimitó con claridad. La consideración primordial es la protección efectiva de los derechos establecidos en el Derecho de la Unión, y tal obligación para los Estados tras la aprobación del Tratado de Lisboa ahora está reforzada por el art. 19-1 TUE<sup>99</sup>.

En el fondo la cuestión latente se circunscribe al mayor o menor respeto por la autonomía procesal de los Estados miembros de la Unión por el Tribunal de Justicia en razón a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea. Por un lado, resoluciones como *Unibet* han mostrado una menor intromisión en la configuración de los Derechos procesales nacionales, al posibilitar la satisfacción del Derecho de la Unión a través de los diferentes trámites o cauces jurídico-procesales nacionales, sin que sea necesaria la existencia de una acción autónoma cuyo objeto sea la satisfacción del Derecho de la Unión (razonamiento cuanto menos lógico, pues de lo contrario todos los Derechos procesales de los países de la Unión Europea vulnerarían casi instantáneamente el Derecho europeo).

Por contra, resoluciones como la anteriormente citada *Sentencia Zuckerfabrik*, que entendía una respuesta o consecuencia jurídica concreta ante la posible existencia de una contradicción entre el Derecho interno y el de la Unión (como es la suspensión de la ejecución de un acto administrativo cuestionado, p. 26 de *Zuckerfabrik*)<sup>100</sup>, constriñe el margen regulación procesal de los Estados en razón a la aplicación uniforme del Derecho comunitario o la sujeción de todos los Estados a “requisitos de concesión uniformes”.

Es por ello que el principio de autonomía procesal de los Estados amerita de un estudio particularizado para circunscribir su extensión y límites.

---

<sup>98</sup> BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit., p. 722.

<sup>99</sup> ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., pp. 55-56.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 56.

## V. LAS TÉCNICAS DE INTEGRACIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS PROCESALES NACIONALES: ARMONIZACIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE LÍMITES AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL.

Se ha afirmado que la disparidad de legislaciones reguladoras de procesos judiciales o procedimientos administrativos es una circunstancia que puede afectar a la plena realización del mercado interior europeo<sup>101</sup>. Si los mecanismos para la tutela del crédito son más rígidos o flexibles en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea de forma dispar la participación en el mercado será igualmente variable. Todo ello repercute en el grado de seguridad y decisiones de inversión de los agentes económicos. Si en el plano comunitario se crean derechos o limitaciones (sobre todo de trascendencia económica) el ejercicio de los mismos podría resultar diametralmente diferente en cada Estado miembro, con su legislación procesal respectiva.

De este modo la Unión Europea tiene un particular interés en el ordenamiento procesal de los Derechos procesales internos, toda vez a que supone un vehículo para tutelar tanto los Derechos subjetivos puramente surgidos en virtud del Derecho de la Unión. Sobre esta problemática emerge la idea de la integración europea de los Derechos procesales nacionales<sup>102</sup>, que encuentra como contrapartida la llamada autonomía procesal de los Estados miembros.

La doctrina ha señalado dos técnicas de integración de los múltiples Derechos procesales nacionales: Por un lado (1) la armonización o integración a través de la ley. Esta técnica se basaría en la asimilación de los derechos procesales nacionales entre ellos, dada la existencia de un derecho de fuente comunitaria de alcance y contenido obligatorio para los Estados. De este modo el Derecho nacional haría propios los esquemas unitarios dados del Derecho de la Unión Europea (en el supuesto de la trasposición de normas que no tienen efecto directo, como la Directiva) o la norma europea tendría pleno vigor y sería directamente aplicable en el Ordenamiento interno de los Estados (en el caso de normas con alcance general reconocido en el art. 288 del TFUE como el Reglamento). Y por otro (2) la derivada del establecimiento de límites al

---

<sup>101</sup> De hecho, la doctrina se ha planteado si, dado el funcionamiento del mercado único, la obligación del establecimiento de “remedios efectivos” o cauces jurídicos adecuados con la desarrollada jurisprudencia en materia de consumo (que posteriormente analizaremos) sea la técnica que mejor respalda la competitividad cualitativa de un mercado competitivo como es el europeo. De este modo la corrección del Derecho europeo a las relaciones de consumo a través de la obligación de establecimiento de cauces jurídicos efectivos, si bien es útil para contrastar los abusos, por el contrario no sería neutro ya que estaría acompañado por los atributos de la idoneidad del cauce y eficacia de la disuasión. Vid. PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, «consumer welfare» e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d’insieme», *Le nuove leggi civili commentate*, vol. 4, 2014, p. 806.

<sup>102</sup> CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali», *Il Diritto dell’Unione Europea*, vol. 3, 2013, pp. 659-660.

principio de autonomía procesal, como los principios de equivalencia y efectividad, que sería la integración a través de la jurisprudencia del TJUE<sup>103</sup>.

Pueden considerarse dos vías bastante diferentes, tanto por su naturaleza como por los efectos que producen. La armonización procesal se basaría en el establecimiento de reglas comunes que los Estados deben adoptar en su sistema y que, por lo tanto, interactúan de diversas maneras con las demás normas del sistema jurídico nacional<sup>104</sup>. Por lo tanto, la armonización es una técnica de integración que avanza a través de la uniformidad de las reglas procesales o procedimentales administrativas en los diversos sistemas jurídicos.

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 660.

<sup>104</sup> Como por ejemplo el Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, el Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, o el Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, entre otros. Todas estas normas pueden señalarse como ejemplos de armonización en materia procesal. La relación entre el Derecho de la Unión y los diferentes Derechos procesales nacionales mediante la promulgación de los comentados Reglamentos viene dada en razón de que tras el Tratado de Lisboa la cooperación en materia civil y el espacio de libertad, seguridad y justicia se ha incluido entre las materias de competencia compartidas entre la Unión Europea y los Estados del art. 4-2 del TFUE. Vid. BIAVATI, P. Y LUPOI, M. A. (COORDS.), *Regole europee e giustizia civile*, 2, Bologna, Bononia University Press, 2013, y en concreto la introducción de BIAVATI, P., p. 10. Aun así bajo la opinión del autor la idea de un Derecho procesal europeo plenamente armonizado, a modo de Código procesal europeo, queda lejana debido a que mientras algunos sectores se encuentran ampliamente conferidos (como la competencia de jurisdicción o las notificaciones de actos procesales), otros en cambio están exentos (como las normas en materia de ejecución forzosa, a propósito del presente trabajo). Por ello considera que las normas europeas de Derecho procesal deberán en cualquier caso servir de complemento a la labor legislativa de los Estados. Destaca igualmente la importancia del art. 81 TFUE, antiguo 65, como norma fundamental de la armonización de los Derechos procesales nacionales, que si bien no prevé un camino genérico de armonización, sí delimita una estrategia para lograr el buen funcionamiento del mercado común. Vid. BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit., p. 735. Igualmente vid. JIMENO BULNES, M., «La cooperación judicial civil en la Unión Europea: instrumentos procesales y últimos avances», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 32, 7, 2005, p. 5. Hoy, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia se ha erigido como uno de los objetivos centrales y propios de la Unión, con su fundamento en el art. 3.2 TUE. Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., «Nuevos avances en la armonización de garantías procesales en la Unión Europea», en GONZÁLEZ CANO, M. I. (coord.) *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 267-269; FLORES PRADA, I., «Prevención y solución de conflictos internacionales de jurisdicción en materia de ciberdelincuencia», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, vol. 17-20, 2015, p. 18 o ROSSI, L. S., «From EU pillar to Area: the impact of the Lisbon Treaty on the External Dimension of Freedom, Security and Justice», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 16, 4, 2011, pp. 999-1000.

Por otro lado, la integración lograda a través del establecimiento de límites a los sistemas legales nacionales es diferente. Estos límites tienden a aumentar la necesidad de garantizar la equivalencia y la eficacia de la protección de Derechos subjetivos originados en el Derecho de la Unión, y cuya síntesis y estudio aplicado constituirá la principal materia de estudio en el presente trabajo. El establecimiento de límites a la autonomía procesal nacional como técnica de integración procede del reconocimiento de la existencia de Derechos subjetivos que son externos de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, nacidas de la mano del legislador europeo<sup>105</sup>. Se vertebrará así una técnica con la que se conseguiría superar las diferencias procesales existentes entre los diferentes Estados miembros<sup>106</sup>.

Como hito en la armonización, en 1993, un grupo de trabajo de expertos en Derecho procesal, presidido por el profesor Marcel STORME, presentó a la Comisión Europea un proyecto de propuesta de Directiva sobre la aproximación de las leyes y normas de los Estados miembros sobre determinados aspectos del procedimiento civil (la llamada Propuesta Storme<sup>107</sup>). Puede considerarse al mismo como el primer intento exhaustivo de abordar la armonización características más fundamentales del procedimiento civil, basado la justificación de armonizar criterios del mercado interno, y abordando las normas de un procedimiento de pago.

No obstante esta propuesta nunca llegó a plasmarse en ninguna una iniciativa legislativa de la Comisión. La doctrina manifiesta las razones de este hecho. El derecho privado puede jugar un papel importante tanto como expresión simbólica de los valores morales como sustento efectivo de los principios sociales básicos institucionales. El riesgo presentado por la UE y la potencial armonización va en relación con el riesgo de poner en peligro la identidad personal y la destrucción de la base social. Aunque el Derecho privado se armonice, puede encontrarse una resistencia a nivel legislativa y judicial dada por el vínculo entre el derecho privado y la identidad cultural nacional, así como el impacto social y la distribución de la riqueza del derecho privado<sup>108</sup>.

Esta reflexión sobre la identidad cultural nacional es trasladable al Derecho procesal civil, en el sentido de que se encarna el mecanismo de cómo la sociedad desea resolver sus disputas. Por lo tanto, a pesar de la naturaleza ostensiblemente técnica del Derecho procesal, las normas de procedimiento civil también implican una elección

---

<sup>105</sup> CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 660.

<sup>106</sup> MASUCCI, A., «La lunga marcia della corte di Lussemburgo verso una «tutela cautelare europea»», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 1164.

<sup>107</sup> Contenida en STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994,.

<sup>108</sup> STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 21. En un sentido similar otros autores han criticado que las normas europeas que han incidido en Derecho privado se presentan en exceso unilaterales, tanto desde un punto de vista descriptivo como desde un punto de vista normativo. Se critica que al enfocarse principalmente en sectores de mercado específicos y en el acceso a la justicia, corre el riesgo de “oscurecer” el acervo de consumo y su fuerza transformadora. Por ello se critica que el derecho privado de consumo debería adquirir una mayor justificación, pudiendo cuestionarse en lo que respecta a su modo de lograr el acceso a la justicia, como respecto a sus credenciales de legitimidad democrática en la aprobación de sus normas. Vid. HESSELINK, M., «Private Law, Regulation, and Justice», *European Law Journal*, vol. 22, 5, 2016, pp. 694-695.



política, que no necesariamente puede o debe converger o recaer exclusivamente en toda la Unión, y por lo tanto no acarrea ineludiblemente una necesidad de armonizarse. La jurisprudencia del TJUE sobre el Derecho procesal ha demostrado que es posible una opción política entre la protección de los derechos individuales y la legalidad general. Dentro de la UE se reconoce el pluralismo legal y cultural, en los límites de la ley. La comprensión de la diversidad en materia procesal ha sido resaltada por la doctrina como un valor importante en sí mismo que debe perseguirse, en lugar de tratar de reducirla creando uniformidad. Además de estas razones políticas contrarias a una armonización total de los Derechos procesales civiles existen argumentos más técnicos. Por un lado existen dimensiones del proceso civil que se encuentran estrechamente unidos a la idea de Estado y de Derecho constitucional, como la organización judicial y la existencia y el alcance de las vías de apelación. Sin contar con el hecho de que crear una codificación completa podría llevar a una complejidad y fragmentación mayores, con problemas de desintegración a nivel nacional y divergencias en la implementación a nivel supranacional.

En definitiva la armonización absoluta de la codificación procesal podría conducir a un desincentivo para el desarrollo ya que la reforma sería un proceso muy lento, que finalizaría con un nuevo código procesal europeo en el que se monopolizaría el discurso legal, excluyendo puntos de vista alternativos de la justicia. Cuestión distinta y más aceptable sería adoptar una perspectiva legislativa interna orientada al mercado interior de la Unión, adaptando el Derecho procesal nacional en cuestiones específicas de trascendencia para el mercado europeo (como el Derecho de consumo o de la competencia) en pos de la incentivación del desarrollo, estabilidad y mejora económica<sup>109</sup>.

Además de la armonización, con todo el debate que ha generado, otros autores igualmente han apuntado al fenómeno de la “atracción”, en virtud de la cual existe un fenómeno de arrastre de los derechos procesales nacionales por parte del comunitario, que va más allá de las consecuencias normativas necesarias impuestas por el art. 288 TFUE (lo que implicaría la armonización). La diferencia sería la siguiente: mientras que con la armonización existe una relación de primacía-autonomía, en la que el Derecho de la Unión ostenta un escalón de superioridad respecto del nacional, en la atracción la asimilación de los estándares europeos sería voluntaria o no obligatoria para los Estados miembros<sup>110</sup>.

Sentado lo anterior, procede detenerse en el establecimiento de límites al principio de autonomía procesal como mecanismo de integración. Debemos marcar diferencias respecto al planteamiento de las problemáticas de Derecho internacional privado (incluso solventadas, en materia procesal, por el Derecho de la Unión Europea). En el ámbito del Derecho internacional privado entrarían en conflicto una norma o elemento relacionado con el Derecho extranjero con otra de Derecho nacional, derivado

---

<sup>109</sup> STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, cit., pp. 21-22.

<sup>110</sup> BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit., p. 726.

de una controversia transnacional (con los mecanismos legales previstos, bien de cuño nacional, internacional o incluso comunitario) y como resultado la eficacia del Derecho nacional se limitaría por el Derecho extranjero en función del caso. Con los límites al principio de autonomía procesal igualmente se da la circunstancia de que en una controversia *inter privatos* se desaplicaría el Derecho nacional, pero por el hecho de ser incompatible con el Derecho comunitario<sup>111</sup>. Además, no necesariamente tiene que ser un conflicto transnacional, o mediar un elemento extranjero en la controversia.

Expuesto lo anterior se ha considerado que el establecimiento de límites a la autonomía de un Estado miembro para regular el Derecho procesal bajo sus propios criterios supondría una vía de integración “negativa”<sup>112</sup> o “armonización negativa”<sup>113</sup>. Los cauces jurídicos establecidos por los Estados para satisfacer el Derecho de la Unión no llegarían a una realización plena por la legislación nacional o la interpretación de la misma, y esta circunstancia es corregida por el TJUE que evitaría que dicha legislación o interpretación se orienten en un sentido prohibido por el Derecho de la Unión. Este método podría contraponerse a un sistema de legislación “positivo” (la descrita armonización) en el que la Unión iniciaría un proceso legislativo que desembocaría en una regulación expresa que afecte al sistema de cauces jurídicos nacionales<sup>114</sup>. Otros

<sup>111</sup> Como ejemplo de esta cuestión vid. PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 12-13. De hecho, en el ámbito de la protección del consumidor, que específicamente se abordará en el presente trabajo, la doctrina sostiene que la protección del Derecho de la Unión Europea es bicéfala, aplicándose a transacciones tanto domésticas como transnacionales. Vid. MAK, V., «Two levels, one standard? The multi-level regulation of consumer protection in Europe», en DEVENNEY, J. y KENNY, M. (coords.) *European Consumer Protection. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 24-25.

<sup>112</sup> CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 673.

<sup>113</sup> Como la define DOUGAN, M., *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 232-233. Destaca la opinión de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, para quien el Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial ha actuado como “legislador negativo” en tanto que establece lo que no es conforme con el Derecho comunitario, pero también como “legislador positivo” en tanto que crea *ex novo* cauces jurídicos uniformes para toda la Unión, más que garantizar que los existentes fuesen suficientes. Vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, cit., pp. 147-165.

<sup>114</sup> De este modo el Tribunal de Justicia jugaría un papel de “legislador negativo” en un sentido similar al propuesto por KELSEN. Se distinguiría la confección de leyes y la simple anulación de las mismas. Para Kelsen la anulación de una ley se produciría en aplicación de las normas de la Constitución (aquí por aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión). En el caso del TJUE, su función se asimilaría a la de cualquier tribunal en general, aplicando derecho, pero en débil medida al anular el derecho lo crearía. Bajo la opinión de Kelsen anular una ley equivaldría a establecer una norma general, puesto que la anulación de la misma ley tendría el mismo carácter de generalidad que su creación. La anulación de la ley sería una creación de signo negativo, en cuanto a que equivaldría a una función legislativa. De este modo, un tribunal con capacidad para anular una ley sería, de este modo y aún actuando dentro de su función jurisdiccional, un órgano del poder legislativo. Vid. KELSEN, H., «La Garantía Jurisdiccional de la Constitución», *Anuario Jurídico*, 1, 1974, pp. 491-492. Igualmente puede señalarse la teoría de CALAMANDREI, para quien el derecho nace en dos momentos separados: en primer lugar de forma abstracta como ley, y después en concreto como sentencia en pos de la certeza e imparcialidad del Derecho. Y si bien hay casos en los que el legislador omite la regulación de categorías en las relaciones jurídicas o algunos aspectos, se deja al juez la integración caso por caso. De este modo las resoluciones de los jueces adquirirían una eficacia innovadora o creativa del derecho al ir colmando las diversas lagunas jurídicas en cada caso, labor que sería más típica de la ley que de los actos jurisdiccionales. Por lo tanto la sentencia no sería un simple producto de la ley, sino de la conciencia del juez con los múltiples motivos psicológicos del mismo; y si bien la ley sería el motivo más importante, no

autores lo han denominado como “integración económica negativa”, en el sentido que se eliminan de aquellos obstáculos que impiden la entrada en vigor y el mantenimiento del mercado único europeo<sup>115</sup>.

El establecimiento de límites a la autonomía procesal es un mecanismo de integración que tiene como característica la inexistencia de una armonización legislativa “positiva” en Derecho de la Unión. De hecho, en su jurisprudencia primitiva (Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 1976, caso C-33/76, asunto Rewe) el TJUE aclara que “a falta de tales medidas de armonización, los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional...”. Es decir, partimos de una falta de armonización de las modalidades procesal nacionales para ejercer o aplicar el Derecho de la Unión. Si las hubiese, tales medidas se ejercitarían de conformidad con la normativa ya armonizada en el plano europeo, sin que fuese necesario aplicar límites más allá de los contemplados en el propio contenido legislativo.

Algunos autores lo han denominado igualmente “armonización subterránea” que se produciría a través de la convergencia teleológica de los cauces jurídicos nacionales. En tal sentido se ha censurado este patrón de actuación del TJUE, considerando que se han puesto en práctica un conjunto de técnicas interpretativas utilizadas para armonizar subrepticamente los Derechos procesales nacionales<sup>116</sup>. Otros autores han apuntado a reconocer la existencia de un cambio de modelo en los niveles de jurisdicción nacional y europeo, en el que el que los tribunales “superiores” dejan de serlo en favor del TJUE quien a su vez auspicia una armonización indirecta. No obstante, se pone de manifiesto que el verdadero problema no es tanto este cambio de modelo, sino la ambigüedad de

---

sería el único de los motivos que participarían en el proceso de creación del derecho. Vid. CALAMANDREI, P., *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 232 y ss. En similar sentido GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 106, al entender que el TJUE al resolver las cuestiones prejudiciales está creando un corpus normativo autónomo, casi más vinculante que el poder legislativo europeo, estableciendo estándares mínimos de forma similar a los tribunales constitucionales o administrativos. No obstante, el citado autor destaca una diferencia fundamental con el control de constitucionalidad esbozado por Kelsen, y es que el TJUE no está facultado para anular normas por sí mismo. No obstante, esta limitación se vería sustituida en la práctica por el poder de forzar al legislador nacional a adaptar sus normas a las exigencias del Derecho de la Unión Europea (pp. 108 y ss.).

<sup>115</sup> VAN GERVEN, W., «Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?», cit., p. 260.

<sup>116</sup> PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, “consumer welfare” e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d’insieme», cit., pp. 807, 812-813. Entre las técnicas señaladas por el autor para destacar el proceso de armonización encubierta a través de la jurisprudencia del TJUE, se encontrarían: el principio de interpretación conforme, que se implementa para provocar una reducción teleológica de las normas nacionales en función de la razonabilidad de la protección, cuando el TJUE considera que la misma no es suficiente por los tribunales nacionales; la simple valoración de que la norma nacional elude la tutela del consumidor, de forma abierta (lo que el autor considera interpretación restrictiva *ab absurdo*) y el control de los actos del profesional conforme a la Directiva 93/13 aún en los casos en los que actúa dentro de los límites del Derecho nacional (lo que califica como *variatio in peius*).

los fallos del TJUE (como en posteriores epígrafes evidenciaremos) y que exigen una mayor dosis de rigor jurídico en el mismo TJUE<sup>117</sup>.

Por ello algunos autores han sostenido que si bien a día de hoy no se ha armonizado un “Derecho procesal común europeo”, el Tribunal de Justicia ha favorecido la elaboración y, por lo tanto, el reconocimiento de principios comunes de tutela judicial de los diversos *iura propria* del Derecho de la Unión<sup>118</sup>, prefiriendo esta vía para unificar criterios procesales por la flexibilidad que supone la construcción pretoriana a través de la jurisprudencia frente a la rigidez de la armonización<sup>119</sup> con los consensos políticos que implicaría.

#### VI. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL DE LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LEGISLAR EN MATERIA PROCESAL INTERNA.

Una vez delimitadas las dos técnicas principales con las que cuenta la Unión Europea para integrar los Derechos procesales nacionales, adaptándolos a las necesidades del Derecho de la Unión es preciso determinar el alcance principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

Como hemos puesto de relieve anteriormente, la limitación del principio de autonomía procesal a través de otros principios constituye una de las dos técnicas de integración principales de los Derechos procesales de los Estados miembros. De este modo una premisa previa para comprender la incidencia y alcance de la jurisprudencia del TJUE en la configuración de los distintos procesos nacionales (como los procesos de ejecución hipotecaria). Por ello a nuestro juicio el estudio de este concepto puede llegar a jugar un importante papel hermenéutico en nuestra materia.

No en vano la autonomía procesal se encuentra directamente entroncada con la idea misma de soberanía nacional, irrogándose para sí el Estado la competencia exclusiva en la legislación procesal (art. 149-1 6º *in fine* de la Constitución española). Aun así la misma Constitución establece la vinculación de los jueces españoles a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España en virtud de su art. 10-2. A todo lo anterior cabe añadirse el art. 4 *bis* 1 LOPJ, que establece la obligación de los Jueces y

---

<sup>117</sup> MOLINA NAVARRETE, C., «La cuestión prejudicial y ¿ El fin de los tribunales de «última palabra»? : Experiencias de tutela del contratante débil», *Diario La Ley*, vol. 9008, 2017, edición digital.

<sup>118</sup> PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 16-17.

<sup>119</sup> ELIANTONIO, M., «The Future of National Procedural Law in Europe: Harmonisation vs. Judge-made Standards in the Field of Administrative Justice», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 13, 3, 2009, p. 10.

Magistrados españoles de aplicar el Derecho de la Unión de conformidad con la jurisprudencia del TJUE<sup>120</sup>. Aun así, y como destaca la doctrina, la integración de un Estado en la Unión Europea implica una cesión de soberanía<sup>121</sup>.

El punto de partida es la asimetría de la regulación interna de los diferentes Derechos procesales nacionales. Mientras que los Derechos subjetivos surgidos al abrigo de la Unión Europea tienen una única dimensión sustancial, cada Estado miembro tiene regulado su propio sistema de Derecho procesal interno. Los derechos de la Unión tienen una naturaleza homogénea, pero para realizarse se someten a diferentes procesos de realización en los Estados<sup>122</sup>. La razón se debe a que las antiguas Comunidades Europeas, en sus distintas fases de integración centraron sus esfuerzos en crear una regulación sustantiva de las políticas europeas para conseguir los fines de los Tratados. Y por lo tanto, la prioridad de legislar en clave sustantiva obligó a soslayar o relegar la dimensión procesal o procedimental interna, aun siendo esta especialmente compleja por el carácter heterogéneo de los Estados miembros en la legislación procesal. Por ello la solución fue permitir a los Estados que, al ejecutar el Derecho de la Unión, lo hiciesen conforme a los respectivos Derechos internos. Y por lo tanto el papel de la Unión se limitó a observar, con la jurisprudencia surgida a partir de la década de los años 70, que la ejecución del Derecho europeo en los Estados fuese correcta no obstaculizándose la eficacia del mismo<sup>123</sup>.

Destacamos que a la hora de referirnos al principio de autonomía procesal debe incluirse tanto al Derecho procesal como al procedimiento administrativo (aunque en el presente trabajo nos centraremos y orientaremos a la disciplina de Derecho procesal). Y esto es así porque a la hora de implementarse el Derecho de la Unión en los Estados miembros, dentro de la idea de libre elección de medios, el legislador comunitario no especifica si el cauce que debe proveer el Estado miembro deba ser de Derecho público (a través de un procedimiento administrativo específico) o privado (mediante el ejercicio de una acción ante los órganos jurisdiccionales civiles). Por esta razón la distinción entre derecho público y privado no llega a ser totalmente clara en este sentido, al interferir la elección de los diferentes legisladores nacionales. La doctrina cita como ejemplo el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y

---

<sup>120</sup> Señalado por la doctrina como una de las manifestaciones más importantes del principio de primacía del Derecho de la Unión en el ordenamiento jurídico español. GALLEGO DOMÍNGEZ, I., «La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas: la directiva 93/13/CEE y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en CABRERA MERCADO, R.: QUESADA LÓPEZ, P. M. y LÓPEZ PICÓ, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, p. 19.

<sup>121</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 161.

<sup>122</sup> CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 663.

<sup>123</sup> FUENTETAJA PASTOR, J., «La ejecución del derecho europeo por los Estados miembros: entre la autonomía procedimental y la neutralidad institucional», en MARTÍN DELGADO, I.: ALMEIDA CERREDA, M. y DI LASCIO, F. (coords.) *La europeización del Derecho administrativo. Una evaluación desde el ordenamiento español*, Santiago de Compostela, Adavira, 2017, p. 183.

de cancelación o gran retraso de los vuelos. En algunos Estados miembros se establece como mecanismo que para que los pasajeros puedan reclamar el derecho de compensación nacido de tal Reglamento la necesidad de iniciar un procedimiento ante las autoridades administrativas, mientras que en otros se habilita que la compensación podrá reclamarse a través del ejercicio de acciones de Derecho privado ante tribunales civiles<sup>124</sup>.

De entrada ponemos de relieve, tal y como ha ido delimitando la jurisprudencia del TJUE y la doctrina científica, que el principio de autonomía procesal de los Estados miembros se encuentra tanto limitada como complementada por un rosario de otros principios de naturaleza comunitaria. Algunos autores discuten que, ante la existencia o enunciado de múltiples principios en una materia determinada del Derecho, tales serían principios o meras características. Principio sería lo que constituye un origen, o tiene virtualidad originaria, lo que determina las diferencias esenciales de aquello que origina. Por ello, si se denomina principio a todo criterio general, se pondrían al mismo nivel lo principal y lo accesorio, degradando los verdaderos principios, y como señala DE LA OLIVA SANTOS “cuando todo son principios, nada es principio”<sup>125</sup>. Sin entrar en el debate de si lo que vamos a comentar son principios o criterios inspiradores (genéricamente se respetará la denominación doctrinal y jurisprudencial de “principio”), es indiscutible que algunos (como el principio de efectividad) tienen más fuerza imperativa a la hora de su aplicación y contraposición con otros principios o fundamentos jurídicos comunitarios, como se verá posteriormente.

Un principio de Derecho de la Unión que puede incidir a la autonomía procesal de los Estados, desde el análisis de los principios propios del Derecho de la Unión es el principio de subsidiariedad. En virtud del mismo la Unión intervendría sólo en aquel caso en que, de cara al cumplimiento de sus objetivos, la acción pretendida no pudiese ser alcanzada de manera suficiente por los Estados miembros (a nivel central, regional o local), según el art. 5-3 TUE. Su plasmación con la autonomía procesal tendría la connotación doctrinal, igualmente entroncada con el principio de respeto a la identidad nacional de los Estados (al que a lo largo del presente epígrafe haremos referencia) en el sentido que las normas de procedimiento nacionales pueden reflejar valores jurídicos, culturales y éticos profundamente arraigados que no deben obviarse por el Derecho europeo<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> SZPUNAR, M., «Procedural Autonomy and Private Law», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, vol. 1, 2018, p. 3.

<sup>125</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los principios del proceso», en DE LA OLIVA SANTOS, A.: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2012, pp. 195-197, citado por CABRERA MERCADO, R. Y LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., *La mediación civil, mercantil y concursal*, Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 36.

<sup>126</sup> ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., p. 52. Existen opiniones muy destacables (y criticables) al respecto, como la del prestigioso jurista británico Thomas Henry Bingham, quien en el caso *Dresser UK v Falcongate* (Referencia: *Dresser UK Ltd v Falcongate Ltd* [1992] 1 QB 502, 522 H, CA) llegó a afirmar que “*la idiosincrasia procesal no es como*

En el considerando quinto del anteriormente comentado caso Rewe (Sentencia de 16 de diciembre de 1976, asunto C-33/76) el Tribunal de Justicia, a partir del efecto directo, consideró que, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario<sup>127</sup>. Tal puede señalarse como el enunciado del principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

Es así que algunos autores han señalado que principio de autonomía procesal no se trata tanto de un principio como de una técnica de remisión normativa. Según esta visión el principio de autonomía procesal carecería de contenido sustancial propio, y se limitaría a una mera remisión a los derechos procesales y procedimentales administrativos nacionales. En base a esta teoría la autonomía procesal sería igualmente un principio claudicante, en tanto que cede continuamente a las exigencias del Derecho europeo con los límites de la equivalencia y la efectividad<sup>128</sup>. No es este nuestro posicionamiento: la autonomía procesal sí es un principio con contenido sustancial propio, enunciado por el TJUE incluso antes que sus dos principios limitadores. Tal contenido vendría atribuido por la combinación entre la atribución de competencias de la Unión (en sentido de delimitación negativa para la Unión Europea, y al que aludiremos más abajo) y por las respectivas soberanías nacionales en materia procesal (en sentido positivo de los Estados). Y no se trata de una mera remisión en tanto a dos razones: (1) que la remisión del ordenamiento de la Unión al nacional no es pura o simple, sino que se trata de una cuestión de compatibilidad regida por principios complejos en los que unas veces prima el derecho nacional y otras el comunitario y (2) que la aplicación de dichos principios no resulta ni clara ni uniforme, sino que como vemos adquiere múltiples matices y excepciones en la práctica judicial. Tampoco puede entenderse como una plasmación de la idea clásica de soberanía, en tanto a que la

---

*un traje nacional o la cocina regional, que deben ser mantenidos por su propio bien*”, citado por STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, cit., p. 13.

<sup>127</sup> Posteriormente, en la Declaración relativa al Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad nº 43 del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, se hizo constar expresamente que los Estados miembros son responsables de la aplicación administrativa del Derecho comunitario, con arreglo a sus disposiciones constitucionales. Pero que ello no afectará a las competencias de supervisión, control y ejecución de las instituciones de la Unión.

<sup>128</sup> FUENTETAJA PASTOR, J., «La ejecución del derecho europeo por los Estados miembros: entre la autonomía procedimental y la neutralidad institucional», cit., pp. 183-184. Igualmente TRSTENJAK, V. Y BEYSEN, E., «European Consumer Protection Law: curia semper dabit remedium?», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 98-99, para quienes se deduce que el concepto de autonomía procesal de los Estados miembros no implica la existencia de un principio general de Derecho de la UE, según el cual cada Estado miembro tenga derecho a establecer un núcleo de normas de procedimiento nacionales en materia de ejecución de los derechos derivados de la legislación de la UE. El concepto de autonomía procesal de los Estados miembros significa que, a falta de normas de la legislación de la UE sobre el tema, los Estados miembros pueden recurrir a su legislación procesal nacional para cumplir su obligación de hacer cumplir adecuadamente la legislación de la UE en nivel nacional, siempre que el marco de procedimiento para esta aplicación, así como el resultado global, sea coherente con la legislación de la UE.

autonomía no es absoluta si bien concede un margen de maniobra al estado (de ahí su denominación) y se encuentra disciplinada a las exigencias del Derecho de la Unión.

Por ello entendemos que el principio de autonomía procesal nacional debe entenderse como un principio de contenido sustancial propio, de trazado comunitario aunque derivado de la soberanía procesal de los Estados, en base al cual cada Estado miembro quedará habilitado para designar los órganos jurisdiccionales competentes, las modalidades procesales y la legislación procesal aplicable a los derechos que genera el Derecho de la Unión a favor de los interesados.

Delimitado el principio, es preciso aludir a las limitaciones. En el mismo caso Rewe entendió el Tribunal de Justicia que tales normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a cauces jurídicos similares de carácter interno. Además, a falta de armonización en la materia tratada, los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional<sup>129</sup>.

Queda claro que la implementación indirecta y aplicación del Derecho de la Unión Europea queda a discreción de los Estados miembros, quienes designan a las autoridades pertinentes (judiciales o no) a las que les corresponderá aplicar el Derecho comunitario (lo que puede denominarse *autonomía institucional* de los Estados); así como los procedimientos nacionales a través de los cuales será aplicado el Derecho de la Unión (*autonomía procesal*)<sup>130</sup>. En general se entiende que la autonomía institucional no se ve afectada por el Derecho de la Unión. Como ya se declaró en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1990, asunto C-8/88, caso Alemania/Comisión, no incumbe a la Comisión pronunciarse sobre el reparto de competencias establecido

---

<sup>129</sup> En ese sentido se ha llegado a proponer la necesidad de una legislación de aplicación general (ampliadora del art. 19-1 b TUE) que codifique la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia para hacerlo más visible y accesible tanto para el ciudadano como para el resto de operadores jurídicos en relación con el principio general de protección judicial efectiva o efectividad. Vid. ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., p. 68. En una tesitura similar otros autores igualmente sostienen que, ante la fricción entre las fuentes concurrentes de derecho europeo y las respectivas nacionales (en cuyo océano navegaría el principio de efectividad), la solución resolutoria podría pasar por un Derecho privado europeo (en el que se incluiría el Derecho procesal civil) entendido como la progresiva armonización de las normas de Derecho privado de los diferentes Estados. Vid. LIPARI, N., «Il problema dell'effettività del diritto comunitario», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 63, 3, 2009, p. 901. En cualquier caso se entiende que para eliminar los conflictos de aplicación de la norma europea y la nacional la única salida sería la armonización, y para que al incorporar una norma comunitaria las diferencias entre el orden público comunitario y el nacional no redunden en una menor efectividad del comunitario. Vid. PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., pp. 59-60.

<sup>130</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 395. Así, como consecuencia del principio de efectividad los Estados tendrían libertad (de cara al cumplimiento de sus obligaciones europeas) de determinar, por un lado (1) la institución u órgano que tramitaría o conocería (legislativo, ejecutivo, judicial, de ámbito estatal, autonómico o local), lo que la doctrina ha denominado *autonomía institucional*, y por otro (2) el procedimiento que sirve de instrumento para encauzar dicho cumplimiento interno de las obligaciones asumidas por el Estado miembro, lo que se identificaría de forma más directamente con la *autonomía procesal*. Vid. FUENTETAJA PASTOR, J., «La ejecución del derecho europeo por los Estados miembros: entre la autonomía procedimental y la neutralidad institucional», cit., pp. 181-182.



por las normas institucionales de cada Estado miembro ni sobre las obligaciones que pueden incumbir a las autoridades internas de un Estado. La Unión sólo puede controlar si el conjunto de medidas de vigilancia y de control establecido con arreglo al ordenamiento jurídico nacional es lo suficientemente eficaz como para permitir una correcta aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión (p. 13 de Alemania/Comisión)<sup>131</sup>.

De hecho, los tratadistas afirman, en relación a la naturaleza del TJUE y su jurisdicción, que el propio Ordenamiento jurídico europeo goza de autonomía. Como consecuencia de su autonomía, el proceso europeo -así llamado al sustanciado ante el TJUE- sería a su vez autónomo respecto de los ordenamientos procesales nacionales de los Estados miembros tanto por sus fuentes como sus propios criterios de interpretación<sup>132</sup>.

Como punto de partida en esta materia debe tenerse en cuenta el llamado principio de atribución de competencias de la Unión Europea: es preciso determinar qué puede y no puede hacer el Derecho comunitario de cara a la adopción de actos y normas de carácter vinculante para los Estados y particulares<sup>133</sup>. Ello implica que los principios de efecto directo y primacía del Derecho europeo deben contemplarse a la luz del principio de autonomía procesal para esclarecer las relaciones entre el Derecho procesal interno y el europeo<sup>134</sup>.

De este modo debe analizarse hasta qué punto la Unión Europea cuenta con competencia para legislar en la materia. Como punto de partida el art. 5.2 del TUE establece el llamado principio de atribución: la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los

---

<sup>131</sup> En este sentido la doctrina alude al hecho de que el principio de efectividad puede en cierto modo sustituir la autonomía procesal nacional por un control del TJUE de los cauces jurídicos de varias maneras. Por ejemplo un litigante podría no acudir a los tribunales nacionales en primer lugar para alegar una infracción del Derecho comunitario debido a que los procedimientos nacionales permiten que determinadas acciones no sean susceptibles de impugnación judicial. También si la transposición del Derecho de la Unión es defectuosa, o si el orden público interno no establece cauces jurídicos precisos para proteger al Derecho de la Unión. Vid. KILPATRICK, C., «The Future of Remedies in Europe», en KILPATRICK, C.: NOVITZ, T. y SKIDMORE, P. (coords.) *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 6.

<sup>132</sup> BIAVATI, P., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 36. Vid igualmente la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, asunto C-402/05 P, asunto Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión. La Unión Europea es una comunidad de Derecho, ya que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado y este último ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a encomendar al Tribunal de Justicia el control de legalidad de los actos de las instituciones (p. 281 de Kadi). Por lo tanto no puede menoscabarse el orden de competencias fijado por los Tratados ni la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia en virtud de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 19 TUE (p. 282 de Kadi).

<sup>133</sup> De hecho se ha considerado, en relación al principio de efectividad, que este tiene sentido como criterio de individualización de una norma vinculante, vid. LIPARI, N., «Il problema dell'effettività del diritto comunitario», cit., p. 893.

<sup>134</sup> GALETTA, D.-U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 11.

objetivos que éstos determinan. Como consecuencia de ello, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

El principio de atribución ha sido empleado para defender por la doctrina la autonomía procesal de los Estados. La materia procesal o procedimental, bien sea administrativa o judicial, no se encuentra dentro de las competencias expresamente establecidas en los artículos 4, 5 y 6 TFUE, y por lo tanto cualquier competencia no atribuida a la Unión pertenece a los Estados miembros. Aun así la materia procesal puede ser objeto de las medidas de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas previstas en los artículos 114-118 TFUE<sup>135</sup>.

A pesar de la taxatividad del principio de atribución, este se ha visto mermado en su eficacia por la aceptación de las llamadas “competencias implícitas” enunciado en el art. 352-1 TFUE: “*Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad...*”<sup>136</sup>. Algunos autores han destacado, en relación a este precepto, que la reserva de competencias residuales a favor de los Estados miembros tiene como consecuencia un mandato de interpretación restrictiva<sup>137</sup>.

Pero incluso teniendo en cuenta el amplio margen de maniobra con el que cuenta la Unión en referencia a las llamadas competencias implícitas, puede afirmarse con base en las consideraciones de GALETTA que a día de hoy, con el tenor de los Tratados de la Unión Europea, no existe base jurídica en la que se pueda fundamentar una competencia de la Unión en materia procesal. Se afirma que ni siquiera puede hacerse referencia a los criterios genéricos como el previsto en el art. 115 TFUE para la

---

<sup>135</sup> GRECO, G., «A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 1, 2014, p. 2. E igualmente ARROYO AMANUELAS, E., «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», en ARROYO AMANUELAS, E. y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (coords.) *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p.68. Y también EIDENMUELLER, H.; FAUST, F.; CRIGOLEIT, H. C. Y OTROS, «Towards a Revision of the Consumer Acquis», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1118, quienes consideran que el requisito de efectividad para implementar el Derecho de la Unión se cumple con el reconocimiento de los cauces jurídicos institucionales.

<sup>136</sup> Ha sido aplicado en casos como el de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, sobre el Acuerdo europeo sobre transportes por carretera (C- 22/70), en la que, en un litigio entre la Comisión y el Consejo por la base competencial para emprender negociaciones con Estados terceros a la Unión el Tribunal interpretó que, al no haber en el Tratado disposiciones específicas aplicables a la negociación y a la aplicación del acuerdo objeto del litigio, había que deducir las normas aplicables del conjunto de los artículos del Tratado (considerando 72). Dicha sentencia introduce un criterio de especial relevancia: el del efecto útil de las competencias de la Comisión para poner en práctica las políticas comunes, y que se verían menoscabadas si no se extendiesen (c.7). En el considerando 90 igualmente introduce el criterio de la actuación de los Estados en interés y por cuenta de la Comunidad, conforme a las obligaciones que les incumben en virtud de los Tratados.

<sup>137</sup> En este sentido vid. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «El contexto de la directiva: principios jurídicos que ordenan el reparto de responsabilidades sobre la producción normativa en la Unión Europea», en ARZOZ SANTISTEBAN, X. (coord.) *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics, 2013, p. 40.

aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior, o del art. 114 TFUE para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con tal fin adoptadas por unanimidad del Consejo. La autora justifica<sup>138</sup> que la jurisprudencia excluye expresamente este proceder legislativo, pues interpretar tales preceptos en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería contrario tanto al propio tenor literal de dichas disposiciones además de las normas de competencia de atribución de la Unión (Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2000, Alemania contra el Parlamento y el Consejo, asunto C-376/98).

Por tanto, se niega la eventual existencia de una auténtica competencia o poder comunitario de naturaleza implícita en materia de Derecho procesal interno de los Estados miembros, ni tan siquiera conferidas por los tratados para los ámbitos regulatorios de Derecho sustancial.

Ello no quita que pueda hacerse una interpretación extensiva de las propias competencias sustantivas de los respectivos ámbitos jurídicos sustantivos regulados por el Derecho de la Unión para extraer, como posteriormente lo delimitaremos, un principio de efectividad. Como manifestación clara de esta idea puede destacarse el punto 16 p. 2º del Abogado General Federico Mancini al asunto C-281/85 (caso Alemania, Francia, Países Bajos, Dinamarca y Reino Unido/Comisión) de 31 de marzo de 1987: servirse del principio de efectividad (en el caso referido la política migratoria respecto de terceros países del antiguo art. 118 del antiguo Tratado de la Comunidad Europea), no significa invocar la doctrina de los poderes implícitos, quiere decir tan sólo interpretar extensivamente una competencia ya previamente tasada.

Pero en este punto surge un problema, y es que en determinados puntos o zonas grises la distinción entre normas sustantivas o procesales europeas no puede precisarse o deslindarse en términos absolutos, y puede variar de un Ordenamiento nacional a otro (señalándose como ejemplos determinados plazos, competencia de un tribunal para

---

<sup>138</sup> GALETTA, D.-U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit., p. 13., o GRECO, G., «A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri», cit., p. 2, tesis a la que nos acogemos. En sentido contrario vid. KAKOURIS, C., «Do the member states possess judicial procedural "autonomy"?, cit., p. 1394, el cual, si bien no discute que los tratados guardan silencio respecto a los procedimientos que deben aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales, es proclive a la idea de aceptar una competencia implícita por la vía del establecimiento, por Reglamento o Directiva, de normas procesales armonizadas que deben actuar los órganos jurisdiccionales nacionales cuando actúen como tribunales comunitarios. Dicho autor realiza una relectura de la jurisprudencia comunitaria en el que no reconoce el principio de autonomía procesal, y en concreto del comentado Caso Rewe (Asunto C-33/76) en el que interpreta la expresión "a falta de normativa comunitaria en la materia" del c.5 en el sentido que implica que la Comunidad es competente para establecer su propio sistema armonizado de Derecho procesal mediante el Derecho derivado. Por ello niega la autonomía procesal de los Estados en pos de una "autonomía institucional", como punto en el que quedarían los ordenamientos procesales nacionales tras una eventual armonización (p. 1411). En cualquier caso GALETTA, en la crítica al artículo que citamos en el inicio de la presente nota, destaca que en ningún modo el autor señala la base jurídica que fundamentaría tal armonización de las normas procesales nacionales.

conocer de una materia de Derecho comunitario<sup>139</sup> o normas de limitación de la prueba). En tal sentido señalamos la teoría de VAN GERVEN, según la cual la distinción básica que debe aplicarse entre las normas europeas (independientemente de que sean de carácter sustantivo o procesal en los ordenamientos internos) es que sean esenciales o "constitutivas" de Derechos sustantivos europeos, por un lado, o normas de contenido no esencial o "no constitutivas" de dichos Derechos sustantivos: en el caso de primero su aplicación debe ser uniforme en toda la Comunidad (y, por lo tanto, a falta de legislación comunitaria, debe ser enunciado por el Tribunal de Justicia); la segunda puede establecerse a nivel nacional, siempre que se ajuste a la norma fundamental del principio de efectividad según el cual ninguna norma nacional debe hacer que la protección jurídica sea prácticamente imposible o excesivamente difícil<sup>140</sup>.

Un buen ejemplo de ello en la legislación española es el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Este Real Decreto-ley, entre otras cuestiones introduce el art. 283 bis en la LEC española (arts. a-k), que regula el acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia. Con esta nueva institución procesal se transpuso a Derecho español las obligaciones contenidas en la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo. Aun tratándose de una materia sustantiva europea, como es el Derecho de la competencia europeo, se modificó una norma procesal interna introduciendo una figura jurídica de contenido y trascendencia procesal. Y así, el legislador español justificó en el punto III de la Exposición de Motivos que *“Con el objetivo de asegurar la efectiva realización del acceso, y frente a supuestos de obstrucción de dicho acceso, la norma recoge una serie de consecuencias sobre los efectos de la prueba en el proceso en cuestión”*; e igualmente que *“en efecto, resulta acuciante efectuar la necesaria adaptación de nuestro Derecho y poner fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, considerando las consecuencias negativas que dicho retraso comporta tanto para los ciudadanos, en cuyo beneficio procede garantizar la efectividad de las acciones para el resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia”*.

---

<sup>139</sup> En la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 15 de abril de 2008 (asunto C-268/06, caso Impact) un tribunal irlandés preguntó al TJUE si la legislación de la UE exigía directamente a un tribunal nacional especializado que aplicara las disposiciones de una directiva, incluso si la legislación nacional no le otorgaba permiso para hacerlo, sino que confiaba esta función al sistema de tribunales generales. El TJUE entendió en el punto primero de su fallo que un tribunal especializado, en el marco de la competencia que le ha sido conferida a la Unión podía conocer de una demanda basada en la violación de dicha normativa, declarándose para conocer también de las pretensiones del demandante basadas directamente en la propia Directiva para el período comprendido entre la fecha de expiración del plazo de adaptación a dicha Directiva y la fecha de entrada en vigor de aquella normativa.

<sup>140</sup> VAN GERVEN, W., «Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?», cit., p. 694.

En cualquier caso, y aun aceptado el enunciado criterio de Van Gerden para deslindar los principios de Derecho comunitario procesal o sustantivos, seguimos sosteniendo, en contra del criterio del autor, que ello no purifica la real ausencia de una competencia comunitaria ni expresa ni implícita en materia de procesal interna.

Ya desde la jurisprudencia temprana, y en concreto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1968 (Gebrüder Lück contra Hauptzollamt Köln-Rheinau, asunto C-34/67) el TJUE ha sido consciente de este hecho. A raíz de una controversia de naturaleza fiscal, el Tribunal llega a la determinación de que la eficacia reconocida por el Derecho aplicable del tratado excluye la aplicación de cualquier medida nacional incompatible con él, sin que dicho artículo restrinja la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar, entre los diversos medios que ofrece el Derecho nacional, los que les parezcan más adecuados para proteger los derechos subjetivos conferidos por el Derecho comunitario<sup>141</sup>. Por lo tanto, a la luz de esta resolución corresponde al órgano jurisdiccional nacional elegir de entre las alternativas procesales aplicables a la cuestión de Derecho subjetivo específica -y cualesquiera otras opciones- la que le parezca más apropiada.

La propia facultad de elección reservada al órgano jurisdiccional ha sido interpretada como una potestad de autonomía para elegir el cómo se garantizará la efectividad del Derecho europeo; elasticidad que no en vano sería más que dispensable a un sistema en el que forman parte varios Ordenamientos, como es el europeo. Se llegaría así al principio de elección autónoma de medios, relacionado con la autonomía procesal en sí misma considerada como dimensión de la libertad de los Estados para regular, bajo el respectivo margen de apreciación nacional, cómo se sancionaría o permitiría la aplicación del Derecho comunitario en los cauces procesales de los Ordenamientos internos<sup>142</sup>.

De hecho, entendemos que las particularidades procesales propias de los Estados pueden considerarse como rasgos de la identidad nacional y función del estado, aspectos que la Unión Europea debe respetar *ex art. 4-2 TUE*<sup>143</sup>. No en vano la Sentencia del

---

<sup>141</sup> En el caso estudiado, y a modo ejemplificativo, cuando un impuesto interno fuese incompatible con el hoy art. 110 TUE por la superación de un importe, corresponde al órgano jurisdiccional nacional decidir, con arreglo a las normas del Derecho nacional, si la totalidad de la imposición es ilegal o sólo la superación es ilegal.

<sup>142</sup> GALETTA, D.-U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit., p. 16.

<sup>143</sup> La doctrina aboga igualmente por interpretar el Derecho procesal interno como un patrimonio político-jurídico de los Estados en el que se incluirían la seguridad jurídica, el derecho de defensa y las garantías del procedimiento, subsumible en el respeto de la Unión por la identidad nacional de los Estados miembros, al no imponer el Derecho de la Unión Europea ni una armonización ni una integración de la legislación procesal, con expresa alusión a la comentada subsidiariedad. Vid. ROLDAN BARBERO, J., «Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (Comentario a las sentencias del TJCE van Schijndel y Peterbroeck, de 14 de diciembre de 1995)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, 3, 1996, p. 809. En sentido contrario otro sector de la doctrina sostiene la idea de que el principio de eficacia se basa en otro principio, como es el de lealtad de los Estados miembros al Derecho de la Unión. En base a esta percepción existe la posibilidad de que los tribunales nacionales, al aplicar el Derecho comunitario, se vean divididos entre la lealtad o sujeción a las normas de la Unión y los propios intereses

Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995 (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Van Schijndel) en su punto 19 entiende, a la hora de valorar el principio de efectividad, que procede tomar en consideración las peculiaridades del sistema jurisdiccional nacional, y en su caso los principios sobre los que se basa tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento.

Pero aun reconociendo que las particularidades procesales son rasgos de la identidad nacional encontramos un escollo de muy difícil solución: el principio de primacía antes referido.

La compleja vertebración del principio de autonomía procesal, amparado por la atribución de competencias pero asediado por la efectividad y la equivalencia tiene una solución sencilla y lógica a primera vista: si en relación al principio de primacía los órganos de la Unión (incluido el TJUE) actúan en su ámbito de competencias no habría ningún problema. El problema vendría a la hora de delimitar el ámbito de competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales y los comunitarios<sup>144</sup>. Y si aun no mediando competencia derivaría algún tipo de obligación para el Estado miembro en materia procesal.

Desde la Sentencia del TJUE Costa contra ENEL de 15 de julio de 1964 (C-6/64) se consolidó el principio de primacía, al establecerse (art. 189 TCE, actual artículo 288 TFUE) que los Reglamentos tienen fuerza obligatoria y son directamente aplicables en los Estados miembros, con la correspondiente supremacía del Derecho europeo sobre el interno<sup>145</sup>. La actual conformación del art. 288 TFUE permitiría el siguiente planteamiento: por un lado la existencia de un Derecho de la Unión que tiene fuerza obligatoria en los Ordenamientos internos incluso por encima del mismo derecho doméstico. Este derecho emana de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias atribuidas por los Estados<sup>146</sup>. Y por otro lado un Derecho procesal interno que, aun no siendo competencia de la Unión y siendo promulgado por los Estados en la discrecionalidad de su soberanía, puede impedir o peligrar la aplicación del Derecho de la Unión a las relaciones jurídicas entre particulares.

---

nacionales. Por ello esta concepción encarga al principio de efectividad el establecimiento criterios y limitaciones a la discrecionalidad en la aplicación del Derecho europeo por los Estados miembros. Vid. ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 382.

<sup>144</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 161.

<sup>145</sup> De hecho, en un sentido similar algunos autores han interpretado el principio de efectividad como un mero corolario de la regla de la primacía, vid. CARANTA, R., «Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare», *Foro Amministrativo*, 1991, p. 1897, latente desde la famosa Sentencia Costa y ENEL, en la que se puso de relieve que la primacía del Derecho comunitario sobre el interno está confirmada por el propio Derecho primario, en el establecimiento de la fuerza obligatoria de los Reglamentos. Igualmente vid. MORENO TAPIELLA, P., *Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*, Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2017, pp. 47-51.

<sup>146</sup> Algunos autores defienden la necesidad de interpretar las relaciones entre los ordenamientos jurídicos de la Unión y los internos desde una perspectiva unitaria a través del prisma de la primacía (con la *vis expansiva* que acarrearía esta última, aspecto que nosotros matizamos). Vid. MUIR, E., «Of ages in -and edges of- EU Law», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 54.

En este contexto la doctrina diferencia dos tipos de colisiones que pueden darse entre el Derecho de la Unión Europea y los Derechos nacionales: la colisión directa y la indirecta. Se hablaría de colisión directa cuando el Derecho de la UE y el Derecho nacional establecen regímenes jurídicos diferentes e incompatibles para la misma situación fáctica. Por otro lado, se hablaría de colisión indirecta cuando las normas de derecho nacional (en la mayor parte de supuestos, de carácter procesal), obstaculizan el efecto de la legislación de la UE en el ordenamiento jurídico nacional. Mientras que con la colisión directa no habría dudas en cuanto a la aplicación del principio de primacía, en la colisión indirecta la doctrina resalta el problema de que no existe legislación nacional incompatible que puede anularse a favor de la ley de la Unión obstaculizada. Por ello se ha llegado a sostener que la aplicación del principio de primacía resuelve situaciones y planteamientos en los que el Derecho de la UE y el Derecho nacional establecen regímenes jurídicos diferentes e incompatibles para la misma situación fáctica. Se cita como ejemplo la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 19 de septiembre de 2006 (asunto C-392/04, caso i-21 Germany), al observarse que no estaba en juego una colisión directa entre la legislación nacional y la comunitaria<sup>147</sup>.

Se trata de un conflicto en la eficacia de hecho y ejecución de normas jurídicas. La plena vigencia del Derecho procesal nacional puede dar lugar al incumplimiento, y a la atribuida primacía a la que se comprometen los diferentes Estados miembros. Y es ahí donde surgen los principios limitativos de la autonomía procesal antes referidos. Entendemos que el efecto de primacía del Derecho europeo en el derecho nacional debe ser precisamente esa: estrictamente nomofilática y protectora del Derecho de la Unión, impidiendo que el Derecho procesal nacional se extienda en un sentido concreto que pueda imposibilitar la aplicación del Derecho de la Unión. En tal sentido puede sostenerse que, aun no existiendo una específica competencia en materia procesal, sí que se justifica una interpretación que garantice la obligatoriedad del Derecho de la Unión en los Ordenamientos internos, en detrimento del procesal interno (pues de lo contrario supondría un incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados<sup>148</sup>). Ahora bien, esta función de control del Derecho de la Unión supone una mera corrección para evitar su esterilidad.

La necesidad de garantizar al ciudadano la posibilidad real de obtener la protección de derechos subjetivos europeos asume especial relevancia incluso cuando la configuración de sustantivo del derecho o interés que debe protegerse, aun no influyendo directamente sobre la posibilidad de accionarlo desde la perspectiva procesal, comprometa indirectamente e irremediabilmente la tutela del mismo. Es cierto que las reglas que gobiernan la dimensión sustancial de las situaciones legales se refieren a un momento que es anterior y distinto respecto del planteamiento de la acción

---

<sup>147</sup> ORTLEP, R. Y VERHOEVEN, M., «The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy», *nall*, 2012, fecha de consulta en <http://www.bjutijdschriften.nl/doi/10.5553/NALL/.000004>, edición digital.

<sup>148</sup> En España, el fundamento de la vinculación del Estado a los tratados que suscribe radicaría entre otras normas en el art. 96 de la Constitución Española (en cuya virtud el Derecho comunitario penetraría en el nacional español en base a adhesión y firma a los Tratados que conforman el Derecho primario).

judicial. No obstante, la misma doctrina procesalista reconoce que los límites o condiciones que se imponen a un derecho en lo que respecta a su estructura y forma de ser en el nivel sustantivo pueden afectar en el momento de su protección procesal. Partiendo de esta premisa -que implica una relativización de la distinción tradicional entre la sustancia y procedimiento, o Derecho sustantivo y procesal- el TJUE, con su jurisprudencia, ha realizado un control de conformidad con el principio de efectividad de la tutela, con las normas nacionales (de naturaleza procesal) en materia de prescripción o preclusión en el ejercicio de los derechos<sup>149</sup>.

Y de hecho algunos autores como DELICOSTOPOULOS sostienen que no existe la noción de supremacía procesal europea respecto a los ordenamientos procesales nacionales por derecho propio. Existe a juicio del autor, sin embargo, una praxis de primacía del TJUE en el ámbito procesal, en parte porque la reunión de los derechos europeos -en su mayoría sustantivos-, con el Derecho procesal tiende a una mayor supremacía europea, pero sin que llegue a negarse la competencia de los Estados miembros en materia procesal<sup>150</sup>. En un sentido similar CARRATTA considera que mientras que en algunos casos la autonomía procesal continúa existiendo, en otros las limitaciones que derivan de las indicaciones proporcionadas por la jurisprudencia comunitaria darían lugar a una especie de “competencia procesal funcionalizada”<sup>151</sup>.

Es por ello por lo que nos reafirmamos en el hecho de que los principios limitativos de la autonomía procesal no confieren automáticamente una competencia a favor de la Unión Europea en materia procesal, aunque en sí suponga un límite a la potestad legislativa de los Estados en materia procesal, así como judicial.

Como ilustra la doctrina, la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el nacional es de colaboración. Pero al responder ambos ordenamientos a diferentes principios y objetivos surgen consiguientemente problemas de coordinación. Aquí se encajarían los principios de equivalencia y efectividad, que deben entenderse como un límite, cuya restricción al Derecho procesal nacional puede resultar polémica en no

---

<sup>149</sup> TROCKER, N., «La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ed il processo civile», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 4, 2002, p. 1171 y ss. Un buen ejemplo de esta cuestión es la Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2012, asunto C-139/11, caso Cuadrench Moré. En el mismo se declaró que el Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, debía interpretarse en el sentido de que el plazo para el ejercicio de las acciones de reclamación de la compensación prevista en dicho Reglamento se determinaba de conformidad a las normas de cada Estado miembro sobre la prescripción de la acción. Se recordó la idea de que cuando no existe normativa de la Unión en la materia, corresponde al Derecho interno de cada Estado miembro establecer la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión, y se admitió el plazo de prescripción contractual vigente en la legislación española.

<sup>150</sup> DELICOSTOPOULOS, J., «Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems», *European Law Journal*, vol. 9, 5, 2003, pp. 606 y 611.

<sup>151</sup> CARRATTA, A., «Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 70, 6, 2015, pp. 1421-1422.



pocos escenarios (como que la norma europea sea de orden público comunitario, y por tanto imperativa, como se analizará más adelante)<sup>152</sup>.

La doctrina refleja la preocupación de que los efectos del principio de primacía en la órbita procesal interna de los Estados y la armonización puedan llegar a inmiscuirse ilegítimamente e innecesariamente en Derechos procesales internos, que tienen fuertes raíces culturales e históricas en los respectivos sistemas legales, a partir de casos como la comentada sentencia *Factortame I* y el caso *Francovich* (C-6/90, al que posteriormente nos referiremos). De hecho se ha afirmado que la autonomía procesal nacional se encuentra erosionada<sup>153</sup>, hasta el punto de que algunos autores han considerado desde una concepción más debilitada del principio de autonomía procesal que, puesto que existe una ausencia de disposiciones normativas expresas de la Unión en materia de procedimiento, el Derecho procesal interno debería convertirse o tratarse como un Derecho comunitario accesorio<sup>154</sup>. En tal caso el papel de los Derechos procesales nacionales sería el de prever la aplicación efectiva de las disposiciones sustantivas del Derecho de la Unión, sirviendo los Derechos procesales nacionales al de la Unión<sup>155</sup>.

A la hora de valorar la autonomía procesal de los estados es preciso, de igual modo, tener en cuenta -como se ha advertido más arriba- cómo entra en juego la eficacia directa del derecho comunitario y en concreto del llamado efecto útil: estableciendo el Derecho comunitario diferentes derechos de dimensión sustantiva, no pueden los Estados, dentro de la libertad de elección de formas y medios para ejecutar el Derecho comunitario (y en especial las Directivas, de efecto indirecto al exigírsele a los estados un plus en la trasposición), establecer restricciones o impedir aplicar las normas que derivan de las disposiciones y objetivos del Derecho comunitario<sup>156</sup> (vid. entre otros, Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, caso *Nöel Royer*, C-48/75, considerandos 72-74, o de 12 de septiembre de 1996, caso *Gallotti* y otros, C-58/95). A ello se refiere la doctrina como el “efecto útil del efecto directo”<sup>157</sup>.

<sup>152</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 160.

<sup>153</sup> HARLOW, C., «Voices of Difference in a Plural Community», *Harvard Jean Monnet Working Paper*, vol. 18, 03/00, 2000, fecha de consulta 7 junio 2018, en <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/00/000301.html>, edición online, epígrafe IV (Procedure as Right).

<sup>154</sup> WARD, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2º, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 93.

<sup>155</sup> KAKOURIS, C., «Do the member states possess judicial procedural “autonomy”?», cit., pp. 1404-1408.

<sup>156</sup> Como han afirmado algunos autores, este principio busca proteger los derechos que el Derecho de la Unión da a los particulares queden protegidos de la intervención de las jurisdicciones nacionales competentes, entroncándose con la primacía. Vid. DA CRUZ VILAÇA, J. L., «Le principe de l’effet utile du droit de l’Union dans la jurisprudence de la Cour», en EUROPEAN COURT OF JUSTICE (coord.) *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague, Asser Press, 2013, p. 280.

<sup>157</sup> GALETTA, D.-U., *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione Europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit., pp. 20-21, PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 7.

La libertad de elección de formas y medios para aplicar o ejecutar el Derecho de la Unión Europea implica que en la medida en que el Derecho comunitario -incluidos sus principios generales-, no contiene normas comunes a tal fin, les correspondería a las autoridades nacionales implementar el Derecho de la Unión. En lo que respecta a la tutela judicial, el Derecho de la Unión se aplicaría de acuerdo con las normas procesales y sustantivas de su Derecho nacional. Aun así la libre elección de formas y medios de los Estados miembros debe conciliarse con la necesidad de aplicar el derecho comunitario de manera uniforme<sup>158</sup>.

Por ello, y en razón de la necesidad de una acción complementaria de los Estados miembros se han diferenciado dos categorías: por un lado aquellas normas y actos jurídicos de la Unión en las que es precisa la acción complementaria del legislador nacional para precisar determinados aspectos cuya concreción ha de llevarse a cabo por la ley nacional (como la Directiva); y aquellas otras en que se impone la modificación legislativa por no resultar la norma nacional respetuosa con lo imperado por la norma europea. En la primera categoría los cambios provenientes del sistema jurídico de la Unión se insertan o superpondrían de forma armoniosa y serían más que una adaptación del régimen procesal interno para dar respuesta a la tutela de los derechos que proporciona el ordenamiento de la Unión. En la segunda, por el contrario, se produciría una alteración del modelo como consecuencia de la censura que recibe la regulación nacional al no satisfacer la protección de los derechos que exige el Derecho de la Unión<sup>159</sup>.

Pero incluso tratándose de normas que se apliquen directamente en los respectivos derechos internos como el Reglamento -que goza de la mayor prerrogativa en materia de efecto directo-, a falta de normas comunitarias específicas es el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro el que designa al órgano jurisdiccional competente y establece los cauces y normas procesales o judiciales destinados a garantizar la protección de los derechos subjetivos con arreglo a normas europeas de efecto directo. Tal es el punto de vista del Tribunal de Justicia iniciado en su Sentencia de 16 de diciembre de 1976 (Caso Comet BV/Produktschap voor Siergewassen, asunto C-45/76, considerando 13).

De este modo se ha visto que la autonomía procesal de los Estados implica un margen de maniobra exclusivo de los Estados a la hora de elegir y establecer los medios y procedimientos que garanticen la efectividad del Derecho comunitario. No obstante, la

---

<sup>158</sup> Y a su vez con el respeto de los fines principales previstos en la norma europea, como evitar un trato desigual de los productores y empresarios. Vid. ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 395.

<sup>159</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las exigencias procesales europeas», cit., p. 42. Como ejemplos de cambios de naturaleza complementaria en el Derecho procesal español el autor señala la regulación de la acción de cesación, la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, las normas de competencia y de mediación civil y mercantil. Por el contrario, como cambios dados por la incompatibilidad del Derecho de la Unión con el procesal español el autor ha señalado los cambios en proceso de ejecución (y en concreto la hipotecaria), en el proceso monitorio, en el valor de la cosa juzgada y en la relación entre acciones colectivas e individuales de los consumidores.

comentada Sentencia Rewe (asunto C-33/76), si bien enuncia y consagra el principio de autonomía procesal, brinda dos limitaciones al mismo en su considerando quinto, que lo encorsetarían en atención a la finalidad esencial de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario y debe constituir la rosa de los vientos a la hora de planificar los cauces legales internos de los Estados: (a) que las normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a cauces jurídicos similares de carácter interno (principio de equivalencia); y (b) que las modalidades y plazos procesales nacionales hagan imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar (principio de efectividad). Mientras que el principio de equivalencia busca garantizar un tratamiento procesal equitativo o idéntico entre derechos sustantivos nacionales y derechos sustantivos nacidos en el Ordenamiento europeo, el principio de efectividad tiende a que el Derecho procesal nacional conceda a los derechos sustantivos europeos un tratamiento que corresponda a su máxima eficacia<sup>160</sup>, sin necesidad de una comparación con la respuesta dada por el Derecho procesal a los derechos sustantivos nacionales.

La autonomía procesal nacional puede ser estudiada desde la perspectiva de jerarquía de normas y jerarquía de competencias entre los ordenamientos de la Unión y los Estados miembros. La autonomía procesal nacional no constituiría, dentro del acervo comunitario, un principio o valor general válido que pueda -por sí solo- justificar la validez de las disposiciones procesales nacionales que entren en conflicto con Derecho de la Unión. Se hablaría de un equilibrio real entre los Ordenamientos procesales nacionales y los europeos, y el principio de eficacia sólo constituiría un requisito cuando la norma procesal nacional altere la aplicación o se base en una norma o principio general del Derecho de la Unión europea. Bajo esta óptica el reconocimiento y la validez de las normas procesales nacionales dependerían de un equilibrio “horizontal” con las normas de Derecho comunitario que tengan la competencia específica, más que en el mero hecho “vertical” de que haya un conflicto entre una norma nacional y la supranacional europea. En cualquier caso, siguiendo a ACCETTO y ZLEPTNIG, las normas procesales nacionales deben evaluarse según los requisitos de la legislación de la Unión Europea caso por caso, y la valoración de dicho equilibrio se regiría por el principio de efectividad<sup>161</sup>.

Destacamos igualmente opiniones como la de MATTEUCCI, quien sostiene que es necesario distinguir la autonomía procesal de los Estados del principio de primacía del Derecho de la Unión, para buscar una actitud (entendemos que del Tribunal de Justicia como máximo garante del respeto al Derecho de la Unión) que reconozca el

---

<sup>160</sup> CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 675.

<sup>161</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 397. Sobre el equilibrio entre los principios de autonomía procesal y efectividad igualmente vid. DE VISSER, M., «The Concept of Concurrent Liability and its Relationship with the Principle of Effectiveness: A One-way Ticket into Oblivion?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, 2, 2004, pp. 48-49, según el cual el equilibrio entre la efectividad y la autonomía procesal no se puede fijar definitivamente y con carácter general: se necesitaría un enfoque sutil.

correcto funcionamiento del formalismo práctico en el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos procesales internos<sup>162</sup>.

Destacamos autores que sostienen una agotamiento del principio de efectividad del Derecho de la Unión en determinadas cuestiones, como PÉREZ DAUDÍ. Si las normas de Derecho de la Unión incorporan en su regulación aspectos de carácter procesal la solución es la prioridad absoluta de esta norma sobre la nacional. Aun teniendo en cuenta la primacía, si el Derecho de la Unión no hace ninguna previsión directa el TJUE puede acudir al principio de efectividad para inaplicar la norma procesal nacional. En estos casos no prima la norma nacional sobre la comunitaria puesto que la norma no existe (o se aplica extensivamente de forma excesiva). En tal caso a juicio del autor los órganos jurisdiccionales nacionales pueden controlar la resolución del TJUE que aplique en exceso el principio de efectividad para que no vulnere los Derechos fundamentales reconocidos a nivel estatal (lo que permitiría el art. 53 CDFUE al establecer que su aplicación no puede limitar la protección conferida por los Estados miembros cuando la de los Estados sea superior). Y aun así cabría la aplicación de la norma procesal interna si se entiende que el pronunciamiento del TJUE es incompatible con el orden público nacional para que se respete en Derecho fundamental; aunque conlleve la no efectividad del Derecho de la Unión<sup>163</sup>.

Resulta igualmente muy interesante la teoría de BIAVATI. En virtud de la misma, el nivel normativo europeo en materia de Derecho procesal civil oscila en dos polos opuestos. Por un lado, la primacía del Derecho de la Unión hace percibir una presencia normativa que el intérprete nacional debe tener en cuenta (incluso antes que el propio legislador) y exigiría una comparación o compatibilidad con el procesal nacional. Pero por otro, el carácter incompleto, fragmentario y heterogéneo de las normas de Derecho de la Unión que inciden en el Derecho procesal nacional impiden obtener, de modo unívoco, consecuencias ciertas que puedan modelar totalmente el Derecho procesal nacional de los Estados miembros. De este modo la autonomía procesal y la atracción que caracteriza el proceso de integración europeo estarían en tensión, pero habría un factor que habría que tener en cuenta, y es la propia “imperfección” de la regulación sistematizada de normas de Derecho procesal civil por el legislador comunitario. Y esta imperfección radicaría en la diferencia cualitativa entre el propio Derecho procesal nacional y el comunitario, que se decantaría a favor de una mayor completitud y homogeneidad por parte del primero<sup>164</sup> (y que por tanto resultaría de aplicación por la facilidad de respuesta y sistematización ante un mayor número de problemas que puedan surgir en la práctica jurídica cotidiana). Dado este carácter incompleto y heterogéneo<sup>165</sup> de la producción normativa comunitaria, en la mayor parte

---

<sup>162</sup> MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», cit., p. 1191.

<sup>163</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 161.

<sup>164</sup> BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit., p. 721.

<sup>165</sup> En otros ámbitos normativos, como la armonización en materia de proceso penal, la doctrina ha criticado la escasez, inconcreción e inexistencia de normativa en aspectos esenciales del enjuiciamiento. Todo ello se une a la disparidad de modelos jurídicos existentes en los Estados miembros que conforman

de supuestos no debería producirse una desaplicación o interpretación diversa de las normas de derecho procesal civil nacional<sup>166</sup>, produciéndose una autonomía procesal *de facto*.

Por el contrario, autores como ARNULL defienden que el principio de tutela judicial efectiva o efectividad se ha establecido jerárquicamente por encima de la autonomía procesal nacional, es decir lo que podríamos considerar una postura negacionista de la autonomía procesal de los Estados miembros de la Unión. En opinión del autor, al haberse cristalizado el principio de efectividad en el art. 19-1 del TUE tras el Tratado de Lisboa, la efectividad ya no se trata de un mero principio informador (como constató la jurisprudencia con anterioridad), sino que se ha transformado en un principio general del derecho de la Unión Europea, forma parte del Derecho primario y por lo tanto gozaría de “estatus constitucional”<sup>167</sup>. Los Tratados de Derecho primario (TUE y TFUE) se encontrarían en el vértice del sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea, y el propio TJUE ha declarado (en el Dictamen de 14 de diciembre de 1991, asunto Avis 1/91, caso Accord EEE – I, p. 21, y Sentencia de 23 de abril de 1986, asunto C-294/83, caso Les Verts, p. 23) que aunque los Tratados constitutivos de la Unión hayan sido celebrados en forma de Convenio internacional, no por ello dejan de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho, en tanto que han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, -en ámbitos

---

el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Vid. DE HOYOS SANCHO, M., «Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 43, 2017, p. 3.

<sup>166</sup> BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit., p. 723.

<sup>167</sup> Con carácter general algunos autores han sostenido que el derecho a un cauce jurídico efectivo es parte de los principios generales de Derecho comunitario, es decir de los principios con un rango equiparados a las normas de los Tratados que forman parte esencial de la “constitución comunitaria”, incidiendo sobre los Derechos nacionales e incluso sobre sus propias normas constitucionales, como derivaría de la interpretación de Johnston (Sentencia TJUE de 15 de mayo de 1986, asunto C-222/84, pp. 18 y 19) y Unectef/Heylens (Sentencia TJUE de 15 de octubre de 1987, asunto C- 222/86, pp. 14-15), vid. CHITI, M., «L’effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario», cit., p. 505. En contrario se ha sostenido que la reconducción a los sistemas procesales nacionales, la autonomía procesal y sus límites constituirían la expresión de una competencia delegada en el ámbito de las normas secundarias, que los Estados ejercerían en interés de la Unión. Vid. CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 665. De hecho, se ha planteado como criterio dirimente de la compatibilidad el llamado “interés de la Comunidad” o de la Unión, que deben ser tenidos en cuenta por el juez nacional a la hora de determinar la virtualidad del efecto de la Unión. Vid. WARD, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, cit., p. 94. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto la autora WARD sostiene en su mismo estudio que, dado su estatus, los Estados deberán dar razones específicas en las legislaciones que puedan limitar el ejercicio de derechos individuales comunitarios. Favorable a la opinión de que el principio de efectividad es un principio general del derecho de la Unión Europea es igualmente BAST, J., «Legal Instruments and Judicial Protection», en VON BOGDANDY, A. y BAST, J. (coords.) *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 359; y por lo tanto a juicio del autor existe el deber de materializarlo en los Derechos procesales de los Estados miembros; y VAN CLEYNENBREUGER, P., «Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework», cit., p. 95, al sostener que el derecho a un recurso efectivo del art. 19-1 2º es fundamental y un principio constitucional principales que permiten la creación de normas procesales por parte del TJUE.

cada vez más amplios-, sus derechos de soberanía. Y al encontrarse en el vértice del Ordenamiento, tendría como destinatarios a todos los sujetos integrantes del mismo<sup>168</sup>.

Siguiendo tal planteamiento la autonomía procesal de un Estado miembro quedaría, por lo tanto, relegada al marco procesal europeo subyacente, es decir a las reglas extractadas por el TJUE que estructurarían y se encargan de la aplicación de los derechos de la UE a través de los cauces jurídicos / *remedies*<sup>169</sup>. Todo ello obligaría a los Estados y daría pie al control del incumplimiento de dichos principios contra los mismos<sup>170</sup>, y en especial del principio de efectividad que se encontraría cristalizado en los Tratados constitutivos de la Unión. De hecho, según ORTINO como principio general del Derecho comunitario el TJUE debe aplicar una lectura orientada del principio de efectividad con el rol de norma de rango constitucional dentro del Derecho de la Unión, tanto a él mismo como a su función interpretativa (como guía para la elección de la correcta interpretación y aplicación del Derecho). Y lo ha erigido como piedra angular o valor central del Derecho de la Unión que el propio Tribunal es responsable de proteger y promover<sup>171</sup>. En suma, al incluirse al principio de efectividad en el Derecho primario ostentaría estatus constitucional dentro de la Unión, a diferencia de la autonomía jurisprudencial, por lo que el primer principio primaría sobre el segundo.

En este grupo puede señalarse e incluirse la tesis de la subsidiariedad. Como ha señalado SZPUNAR, el principio de autonomía procesal es de naturaleza puramente subsidiaria. Sólo entraría en juego cuando no hubiese legislación europea sobre la materia en cuestión. La referencia al Derecho procesal nacional, a juicio del abogado general citado, sólo tendría lugar y se justificaría por el hecho de que en un área jurídica específica el Derecho de la Unión no hubiese establecido condiciones para el ejercicio de las acciones que aseguren la protección de los derechos nacidos en el Derecho europeo. Además, a juicio del autor la autonomía procesal podría incluir normas no sólo de contenido procesal, sino sustantivo, siempre que incidan en el ejercicio de las acciones del Derecho e la Unión<sup>172</sup>.

Siguiendo la posición de Arnulf, deberían diferenciarse entre los principios que ostentan rango constitucional comunitario o no. Resultaría aquí de aplicación lo

---

<sup>168</sup> ADAM, R., «Le fonti comunitarie», en TIZZANO, A. (coord.) *Il Diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 47-49.

<sup>169</sup> VAN CLEYNENBREUGER, P., «Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework», cit., p. 91.

<sup>170</sup> ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., p. 68. Igualmente HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», *Revista de Derecho Político*, vol. 99, 2017, p. 407. Al catalogarse como principio general de la Unión igualmente generaría un deber de cumplimiento, que obligaría a aplicar la legislación nacional de conformidad a dicho principio general. Dicho deber de cumplimiento obligaría a interpretar igualmente el derecho secundario y el nacional al compás de dicho principio y los tratados. Vid. ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 95.

<sup>171</sup> ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 97.

<sup>172</sup> SZPUNAR, M., «Procedural Autonomy and Private Law», cit., pp. 4-5.

dispuesto en la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 15 de octubre de 2009, asunto C-101/08 (caso Audiolux), en virtud del cual los principios generales de Derecho comunitario deben considerarse como de rango constitucional (como el principio general de igualdad de trato)<sup>173</sup>, mientras que el principio que preconizaba la parte y cuyo reconocimiento pedía al Tribunal de Justicia (principio de igualdad de los accionistas) se caracterizaba por un grado de precisión que exigía una elaboración legislativa que, a escala comunitaria, se lleva a cabo mediante un acto de Derecho comunitario derivado. Por lo tanto, no puede considerarse que el tal principio (de igualdad de los accionistas) fuese un principio general autónomo de Derecho comunitario (p. 63 de Audiolux). Similar apreciación se extrae de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 29 de octubre de 2009, asunto C-174/08 (caso NCC Construction Danmark), donde se constata que el principio de igualdad de trato tiene rango constitucional comunitario, frente al principio de neutralidad fiscal que necesitaría una elaboración legislativa, y únicamente se podría llevar a cabo mediante un acto de Derecho comunitario derivado (p. 42 de NCC Construction).

Expresamente la doctrina ha reconocido que la efectividad de la tutela judicial efectiva constituye un precepto que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario desde la Sentencia Johnston (Sentencia TJUE de 15 de mayo de 1986, C-222/84), adquiriendo un rango igual a las normas de los tratados y convirtiéndose en una parte esencial de la "constitución comunitaria". Según el planteamiento de TROCKER el TJUE, dentro de su proceso creativo, ha ido extendiendo la efectividad de la tutela, por influencia del Derecho de la *common law*, a los elementos de accionabilidad procesal efectiva que se especificarían en derechos subjetivos de tipo comunitario, canalizándolo a la posibilidad de acudir a un cauce jurídico efectivo. El derecho clásico al proceso equitativo del art. 6 y 13 CEDH ha sido enriquecido por el TJUE para incluir nuevos contenidos y garantías, transformándose en el derecho a obtener una forma adecuada de protección del derecho subjetivo comunitario lesionado. Por ello el TJUE asimila una interpretación "sustancialista" de las normas procesales, concretándose el principio de efectividad no sólo en el derecho del individuo a acudir a un tribunal y gozar de determinadas garantías en una acción civil, sino en el derecho del individuo a que sus pretensiones desemboquen en un medio de tutela idóneo para garantizar la plena satisfacción del interés operado. De este modo, bajo la opinión del citado autor, para el TJUE el componente esencial y cualificado del derecho a la efectividad de la tutela judicial será el derecho a un cauce jurídico adecuado<sup>174</sup>.

Ahora bien, debemos referirnos al principio de efectividad como un principio general que constituye una especie de *tertium genus*, pues se aplica explícitamente para prevenir y, eventualmente, suprimir lo que se considere incompatible con lo que la

---

<sup>173</sup> Sobre los principios generales del Derecho comunitario vid. TORIELLO, F., *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 99 y ss. Igualmente vid. ADAM, R., «Le fonti comunitarie», cit., pp. 73-76. En los Tratados de derecho primario, el art. 6-3 TUE expresamente hace alusión a los Derechos fundamentales del CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como "principios generales".

<sup>174</sup> TROCKER, N., ««Civil law» e «Common law» nella formazione del diritto processuale europeo», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 2, 2007, p. 430 y ss.

legislación de la UE necesite inherentemente para funcionar como tal. Y en tal tesitura, el TJUE parte de la consideración de que los principios generales del Derecho comunitario son inherentes al sistema de los tratados (es decir, forman parte de la estructura fundamental del Derecho europeo y derivan claramente de la necesidad de funcionamiento de la Unión) por lo que genera obligaciones con cargo a los Estados<sup>175</sup> (Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 28 de junio de 2001, asunto C-118/00, caso *Larsy*, p. 34).

El principio de tutela judicial efectiva o efectividad en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, si bien ha sido regulado y ampliado en multitud de normas específicas de Derecho secundario o derivado (como se verá en el correspondiente epígrafe de los ámbitos de aplicación del principio de efectividad en el Derecho de la Unión Europea), desde el Tratado de Lisboa forma parte del Derecho primario (art. 19-1 TUE, así como el art. 4-3 párrafo 2º TUE al que posteriormente haremos referencia). Esta es una razón por la que, siguiendo la postura de Arnull, el principio de tutela judicial efectiva o efectividad del Derecho de la Unión podría anteponerse a la autonomía procesal de los Estados miembros. Y siguiendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, caso *Mangold*, los principios generales del Derecho comunitario en determinadas circunstancias pueden llegar a producir efecto directo<sup>176</sup>.

No obstante, entendemos que la postura de Arnull no debe acogerse de modo pleno, aun admitiendo que el principio de efectividad forme desde la promulgación del Tratado de Lisboa parte del Derecho primario y tenga un rango similar al constitucional. Esto es así por varias razones. En primer lugar, y como analizaremos en posteriores epígrafes, porque los efectos del principio de efectividad no puede aplicarse de modo absoluto, sino que debe tenerse en cuenta la totalidad del Ordenamiento procesal interno y nunca un trámite procesal aislado (con independencia de que la norma a la que de virtualidad el principio de efectividad tenga el rango de orden público comunitario). Y segundo, porque el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión del art. 47-1 CDFUE se encuentra limitado por lo dispuesto en el art. 51 CDFUE, y por lo tanto no podrá tener mayor extensión que la propia aplicación a un Derecho europeo concreto y específico contenido en el Derecho primario y derivado sin que pueda extenderse a la totalidad del Derecho interno, como posteriormente profundizaremos.

---

<sup>175</sup> ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 98.

<sup>176</sup> ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., p. 68. En el caso *Mangold* se declara al principio de no discriminación por razón de la edad como principio general del Derecho comunitario. De este modo si una normativa nacional se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva aplicable el Tribunal de Justicia debe proporcionar, con carácter prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de la normativa al principio (p. 75 de *Mangold*). Por lo tanto corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de la edad garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena del mismo, dejando sin aplicación cualquier disposición de la Ley nacional eventualmente contrarias al principio (p. 77 de *Mangold*).



En cualquier caso no se albergan dudas de que un gran desafío para los operadores jurídicos europeos será resolver la tensión entre dos planteamientos claramente contrapuestos. Por un lado, la aplicación máxima del Derecho procesal y soberano interno de los Estados (autonomía procesal nacional) y la aplicación más rigurosa del Derecho de la Unión Europea. Este aspecto llevaría a dejar de lado cualquier norma interna conflictiva en base a los criterios de uniformidad y especialmente, de efectividad. Pero ninguno de esos dos principios son absolutos, y deben resolverse y analizarse caso por caso, en función de la normativa específica correspondiente<sup>177</sup>.

Tomado en consideración lo anterior, entendemos que hemos alcanzado un marco teórico aceptable para estudiar cómo el proceso de ejecución hipotecaria español se ha visto cuestionado de cara a la adecuada aplicación, ejecución, implementación, sanción y satisfacción del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico español.

## VII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013, “CASO AZIZ”. ESBOZO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPATIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA CON EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.

Pocas resoluciones judiciales dictadas en el ámbito supranacional han tenido semejante impacto en el Derecho procesal civil español –y en concreto sobre una institución tan tradicional como la ejecución hipotecaria– como la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, Mohamed Aziz contra Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), Asunto C-415/11. Tuvo como origen una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

Con carácter introductorio, la doctrina a la hora de valorar el presente caso ha tenido presente la jurisprudencia sentada en la Sentencia de 6 de octubre de 2009 (C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones) y cómo la autonomía procesal de los Estados miembros va limitándose progresivamente por el Derecho europeo que, si bien no se encuentra armonizado, se va plasmando en normas procesales civiles contenidas en algunos actos de derecho secundario, en principios de derecho de la Unión, y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, constituyendo una importante limitación de esta

---

<sup>177</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 401.

autonomía procesal el reconocimiento de principios generales del derecho en relación con el ejercicio de derechos subjetivos<sup>178</sup>.

La sentencia del caso Aziz supuso una resolución trascendente en unas circunstancias excepcionales que atravesaba la economía española, como fue la crisis económica y financiera plasmación de la Gran Recesión en nuestro país<sup>179</sup>. Una de las reacciones más directas fue la promulgación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En su Preámbulo se hizo constancia expresa de que las modificaciones se adoptaban como consecuencia de la Sentencia del TJUE a la que nos referimos.

Son múltiples las consecuencias que este caso tuvo para la concepción del Derecho privado español en sus dimensiones civil, de Derecho de consumo (nulidad de cláusulas abusivas), mercantil o, como en el caso que nos detendremos, Derecho procesal de la ejecución hipotecaria.

En el plano de los hechos, en julio de 2007 Mohammed Aziz suscribió con Catalunyaixa un contrato de préstamo con garantía hipotecaria mediante escritura notarial. El inmueble que constituía dicha garantía era la vivienda familiar del Sr. Aziz, de la que era propietario desde 2003.

El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. Por ello, en octubre de 2008 Catalunyaixa acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó la cuantificación de la liquidación de la deuda en concepto de mensualidades no satisfechas, más intereses ordinarios de demora. Tras requerir al deudor el pago de lo debido, Catalunyaixa inició en marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades en concepto de principal, más intereses vencidos y costas. En diciembre de ese año dicho Juzgado ordenó la ejecución, requiriendo de pago al Sr. Aziz, respecto del cual ni atendió ni formuló oposición.

---

<sup>178</sup> Vid. GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., «Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala primera) de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz-Catalunyaixa)», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 30, 2013, edición digital.

<sup>179</sup> Existen autores que critican que el impacto social de la sentencia fue mayor que su verdadera trascendencia jurídica, pues el TJUE no se separó de su línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia de 27 de junio de 2000 (Asunto C-240/98, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores) y continuada con las sentencias de 21 de noviembre de 2002 (Asunto C-473/00, Cofidis), de 26 de octubre de 2006 (Asunto C-168/05, Mostaza Claro), de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito) y de 21 de febrero de 2013 (Asunto C-472/11, Banif Plus Bank); pues en todas las anteriores resoluciones se establece un ámbito de protección del consumidor ante la jurisdicción civil más flexible que el que regulaba el Derecho procesal civil nacional. Vid. FERNÁNDEZ SEJO, J. M., «Un año después de la Sentencia del caso Aziz», *Món jurídic: butlletí del Col.legi d'Advocats de Barcelona*, 286, 2014, pp. 16-17.

Siguiendo el curso del proceso, en julio de 2010 se celebró la subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en el art. 671 LEC el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara en el 50 % de su valor a la entidad bancaria. Dicho Juzgado también señaló la fecha de enero de 2011 como en la que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario. En consecuencia, Mohammed Aziz fue expulsado de su vivienda.

Poco antes de que eso ocurriera, en enero de 2011 el Sr. Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución. En dicho proceso el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En concreto y en lo que nos afecta en el estudio del caso las dudas en el proceso interno se centraron en torno al art. 7-1 de la Directiva 93/13, que establecía la obligación de los Estados miembros para establecer los medios adecuados y eficaces que cesen el uso de cláusulas abusivas en los contratos entre profesionales y consumidores.

El principal motivo de la compatibilidad del Derecho nacional con el europeo era la siguiente: si a la hora de iniciar la ejecución forzosa del contrato de préstamo garantizado con hipoteca el acreedor optaba por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo en el proceso de ejecución hipotecaria eran muy limitadas. Así lo disponía la entonces redacción del art. 695 de la LEC española y los motivos de oposición (entre los que no se encontraba el carácter abusivo de las cláusulas que fundamentasen el título ejecutivo). Dicha discusión sobre el carácter abusivo de la cláusula quedaba postergada a un procedimiento declarativo posterior, que no tenía efecto suspensivo. De hecho fue en ese procedimiento declarativo en el que se planteó el problema de la abusividad de las cláusulas, ya que en el proceso de ejecución hipotecaria el deudor no había podido plantear dicha cuestión. Por todo ello el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona interpretó que resultaba muy complicado para el juzgador español garantizar una protección eficaz al consumidor en el procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo, y planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE. Y bajo esta visión del Juzgado de lo Mercantil que quedó plasmada en la cuestión prejudicial, la LEC española limitaría la tutela del consumidor, y obstaculizaría el ejercicio de acciones del consumidor. Junto a esta cuestión se planteó otras dudas de compatibilidad de determinadas cláusulas con las disposiciones del anexo de la Directiva 93/13.

Para resolver la cuestión (considerandos 43-64 de la S. Aziz), el TJUE parte de la idea de que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en la capacidad de negociación como al nivel de información. En vistas a restablecer el equilibrio formal del contrato el TJUE entiende directamente aplicable al asunto el art. 6-1 de la Directiva 93/13, que dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Por ello el TJUE establece con carácter general que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y subsanar tal desequilibrio tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (Sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, asunto C-618/10, considerandos 42-43, y de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, asunto C-243/08, apartados 31-32).

En ese contexto el TJUE se centra en dos precedentes: por un lado Sentencia de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, asunto C-137/08. En el mismo, y a rasgos generales (con independencia de las interpretaciones más profundas de dicha Sentencia que se realizarán en el presente trabajo) en el marco de un procedimiento contradictorio iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra un requerimiento judicial de pago, se declaró que el juez nacional debía acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En caso de que se encontrase comprendida, correspondería al órgano jurisdiccional apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula. Igualmente se empleó la fundamentación de la Sentencia Banco Español de Crédito, asunto C-618/10. En dicho supuesto se declaró que la Directiva 93/13 se oponía a la normativa procesal española al no permitir que el juez nacional que conocía de una demanda en un proceso monitorio examinase de oficio – bien *limine litis* o en posteriores fases del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula cuando el consumidor no haya formulado oposición. Todo ello cuando el órgano jurisdiccional dispusiese de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto. Como remarcaremos en posteriores epígrafes, nuestra opinión con respecto al pronunciamiento del TJUE en la Sentencia Banco Español de Crédito es bastante crítica, al constituir una aplicación desproporcionada del principio de efectividad.

A pesar de los precedentes traídos a colación por el TJUE, los elementos del debate jurídico de la Sentencia Aziz contaban con una marcada diferencia respecto a sus precedentes planteados ante la justicia europea. El objeto del proceso giraba en torno a la determinación de las obligaciones que incumben al juez nacional español que conoce de un proceso declarativo vinculado a un procedimiento de ejecución hipotecaria. El Derecho de la Unión tenía entre sus fines y como analizaremos en posteriores epígrafes (arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13) el fin de garantizar el efecto útil de una decisión sobre el fondo en la que se declarase el carácter abusivo de una cláusula contractual. La cláusula contractual podía constituir, como en el caso Aziz, el fundamento de un título ejecutivo y condicionaría la incoación misma del procedimiento de ejecución

hipotecaria. Dicho de otro modo: si el proceso declarativo giraba en torno a la declaración de abusividad de una cláusula conforme a Derecho europeo, y dicha cláusula ya se estaba ejecutando materialmente en un proceso de ejecución, el efecto útil de la decisión de fondo debía poder afectar a todas las manifestaciones jurídicas de la cláusula, incluyéndose su ejecución.

En síntesis, el análisis sobre la adecuación de la autonomía procesal española a los límites de los principios de equivalencia y efectividad se realiza sobre dos procesos relacionados. En uno (el declarativo) no se impide el pleno conocimiento del Derecho de la Unión Europea, y el consumidor puede emplear cualquier tipo de alegación sobre la conculcación de las cláusulas del contrato al derecho europeo de la Directiva 93/13. No obstante, dicho procedimiento no puede generar ningún tipo de efecto sobre el proceso ejecutivo iniciado. En el otro proceso (ejecutivo) se procede a la ejecución forzosa de un título ejecutivo que puede presentar cláusulas abusivas conforme al Derecho europeo de la Directiva 93/13. No obstante en dicho proceso no se puede plantear la posibilidad de que las cláusulas que se van a ejecutar sean o no conformes con el Derecho de la Unión, por lo que se llegaría a las últimas consecuencias (ejecución del contrato con independencia del perjuicio del consumidor o sus bienes, aun siendo contrario a Derecho de la Unión). Todo ello porque el sistema procesal español vigente en el momento en que se planteó la cuestión prejudicial consideraba que el momento procesal adecuado para discutir la disconformidad a Derecho de la Unión era el proceso declarativo, sin que pudiese entorpecerse la ejecución forzosa del contrato.

Aun pudiendo repercutir la declaración de abusividad de una cláusula en un proceso ejecutivo interno, el TJUE advirtió de otro problema de calado al respecto: la falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa. Como hemos comentado con anterioridad la Unión Europea no cuenta con una competencia específica en materia de Derecho procesal civil de los estados (más allá de la eventual armonización de aspectos como el reconocimiento internacional de resoluciones judiciales o procesos específicos, como el monitorio europeo<sup>180</sup>). Aun teniendo en cuenta este hecho, el TJUE entendió que si bien las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo, competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros; no es menos cierto, sin embargo, que el Derecho comunitario establece las condiciones antes expuestas: que las normas procesales nacionales no pueden ser menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

---

<sup>180</sup> Para una visión general vid. BIAVATI, P. Y OTROS (COORDS.), *Regole europee e giustizia civile*, cit.,

En relación al al principio de equivalencia, el TJUE no encontró ningún elemento que suscitase dudas acerca de la conformidad de la normativa procesal española con dicho principio. La razón es que el sistema procesal español prohibía al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar cualquier tipo de medida cautelar, con independencia de si la razón se fundamentaba en Derecho nacional o europeo. El art. 698 de la LEC española prohibía adoptar medidas cautelares que garantizase la plena eficacia de la decisión final del Tribunal tanto cuando apreciase el carácter abusivo conforme a Derecho europeo (art. 6 Directiva 93/13) como cuando se comprobase que tal cláusula podría resultar contraria a las normas nacionales de orden público o de Derecho civil. De este modo se constató que el Derecho procesal español aplicaba la misma rigidez e impedimentos a la tutela de derechos del consumidor sin importar el origen o procedencia del Derecho subjetivo (nacional o europeo).

Distinto sentido materializa respecto al principio de efectividad. Tras enunciar la obligación de las disposiciones procesales nacionales de no hacer imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión, se plantea el criterio del deber de análisis de la norma nacional teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. De esta forma el TJUE llevó a cabo en el caso *Aziz*, como profundizaremos en el epígrafe correspondiente, un análisis “omnicomprensivo” del Ordenamiento procesal español para apreciar la conculcación o no del principio de efectividad. Es decir, no se detuvo en un trámite o procedimiento específico, y para el juicio de conformidad tomó en consideración todo el sistema procesal español, incluyendo el proceso de ejecución hipotecaria y el proceso declarativo posterior.

En el caso de la ejecución hipotecaria española, y en concreto del art. 695 LEC, en el seno de los procedimientos de ejecución sólo se admite la oposición del ejecutado cuando esta se funde en las causas legalmente tasadas especificadas en la norma (en el momento de sustanciación del caso *Aziz* se reducían a la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento). Cualquier otra discusión o reclamación adicional que formule el deudor, conforme al art. 698 LEC, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento.

Además y en materia de medidas cautelares el TJUE subrayó que el Derecho registral español, en lo que respecta a la anotación preventiva de la demanda (art. 131 LH), las anotaciones preventivas de la demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarían canceladas en virtud del mandamiento de

cancelación (art. 133 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, resumido como LH<sup>181</sup>).

Por todo ello entendió el TJUE que en el sistema procesal español la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible. Aunque la cláusula impugnada revistiese de carácter abusivo hacia el consumidor por el juez que conociese el proceso declarativo, y ese carácter abusivo conllevara la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, el bien (que puede eventualmente tratarse de la vivienda habitual) sería irreversible y no volvería al patrimonio del deudor ejecutado salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal. Pero esta excepción –la anotación preventiva de la demanda de nulidad hipotecaria- debía considerarse residual a juicio del TJUE, debido a las características peculiares y desarrollo del procedimiento español de ejecución hipotecaria. La razón apreciada por el TJUE era que existía un alto riesgo de que el consumidor no realizase la anotación en los plazos correspondientes (por el carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución, o porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos).

Por todo ello se declaró que un régimen procesal de las características de la ejecución hipotecaria española, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, sin que el juzgador pueda adoptar medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria -cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, como en este caso que deriva en una situación de hecho irreversible, como es la transmisión jurídica del inmueble- puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (en el sentido del caso Unibet, C-432/05, p. 77).

Ahora bien, un sector de la doctrina ha interpretado que la medida cautelar que exige la Sentencia Aziz no debe ser necesariamente la de la suspensión de la ejecución. Aquí podría incluirse cualquiera que permita conseguir la efectividad de la sentencia que se dicte en el procedimiento declarativo paralelo (o la tramitación de la oposición en alegación de la abusividad de las cláusulas, cuya suspensión prevé el régimen actualmente previsto tras la reforma del art. 695 LEC). Por tanto, de la interpretación negativa de la sentencia no se trata de que el inmueble no se ejecute y adjudique al acreedor o a un tercero, sino de que dicha adjudicación no sea irreversible. Y así lo sería en caso de adjudicarse a un tercero, no al propio acreedor que fue parte en el contrato de hipoteca y en el procedimiento de ejecución<sup>182</sup>. En cambio, otro sector doctrinal ha

---

<sup>181</sup> Siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

<sup>182</sup> Así lo declara DÍAZ FRAILE, J. M., «El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013», *La Ley Unión Europea*, vol. 5, 2013, p. 17 y ss, quien interpretó dos posibles soluciones: a) por un lado a incorporación de una causa de oposición con efecto suspensivo en el procedimiento de ejecución (opción asumida por el legislador procesal español), o b) permitir que la anotación preventiva de demanda de nulidad de la cláusula abusiva en el procedimiento declarativo al que

sostenido que no basta con la introducción de un motivo de oposición, sino que el TJUE en la propia Sentencia Aziz establece la necesidad de que el consumidor cuente con los medios necesarios para asegurar la efectividad de la sentencia de una manera real, y eso solo se consigue con la suspensión de la ejecución hipotecaria<sup>183</sup>.

Valorando el alcance de la conculcación al principio de efectividad, el TJUE acogió las tesis de la abogada general<sup>184</sup> que asistió el proceso. El TJUE entendió que la enajenación de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conociese del proceso declarativo adoptase una decisión declarativa o no del carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basase el préstamo garantizado con hipoteca sólo permitía garantizar al consumidor una protección *a posteriori* y meramente indemnizatoria. Siendo la cláusula nula por abusiva habría de conllevar, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución en base al art. 6 de la Directiva 93/13 por extensión. De este modo a juicio del TJUE la protección posterior a la ejecución e indemnizatoria resultaba incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de las exigencias del art. 7-1 de la Directiva<sup>185</sup>.

---

se remite el art. 698 LEC, aún practicada después de la iniciación del procedimiento ejecutivo, no se cancele hasta que por desestimación de la demanda ordene su levantamiento el juez que la decretó.

<sup>183</sup> DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. Y RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 31, 2013, pp. 12-14. La opción legislativa de la Ley 1/2013, adaptadora del Ordenamiento jurídico español a la Sentencia Aziz evitó la reforma del art. 698 de la LEC española. Esta norma veta cualquier suspensión del proceso. Aun así la doctrina interpreta que dicho precepto dejaría de ser de aplicación en la tramitación de la oposición y la suspensión de la ejecución.

<sup>184</sup> Para una tesis contraria a la planteada por la abogada general Vid. ESTRADA ALONSO, E. Y CHACÓN FERNÁNDEZ, I., «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto "Mohamed Aziz c. Catalunya-caixa)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 735, 2013, pp. 238-239. Bajo la tesis de los autores el Ordenamiento procesal anterior a las sucesivas reformas legislativas que conllevó el caso Aziz sí que dispensa una protección eficaz al deudor hipotecario, en tanto que nunca se vería librado de que la ejecución se llevase a término aunque se le permitiese discutir en el propio proceso ejecutivo el carácter abusivo de parte del clausulado del contrato de préstamo. Los autores igualmente esgrimen la posibilidad de que la LEC permite al juez que conoce del procedimiento declarativo retener parte del importe obtenido con la realización del bien hipotecado para indemnizar posibles daños y perjuicios sufridos por el consumidor. Y aún adjudicándose la entidad financiera el inmueble, puede determinarse la obligación de indemnizar al consumidor por los daños irrogados como consecuencia de las cláusulas abusivas, u otros vicios del título, al deudor-consumidor afectado. En contra, vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue considerando inoperante la reforma de la Ley hipotecaria», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, vol. 16, 2014, p. 341, que considera la mera restitución dineraria como solución que genera indefensión, máxime teniendo en cuenta el hecho de que el bien puede adjudicarse por una cuantía muy inferior al valor real del mismo. Como sintetiza FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., «La Sentencia AZIZ (TJUE C-415/11) y sus implicaciones para el régimen español de ejecución hipotecaria», *Revista Jurídica del Notariado*, vol. 100-101, p. 454, no es suficiente que la efectividad de la sentencia declarativa pueda asegurarse mediante la anotación preventiva de la demanda, ni la retención del precio que en la ejecución haya de entregarse al acreedor.

<sup>185</sup> Otros autores de la doctrina internacional han acentuado que la mera aspiración a una tutela indemnizatoria sucedánea por equivalente sería incompleta e ineficaz. Aun así, siguiendo la interpretación de la doctrina del Tribunal de Justicia, la ponderación de los cauces jurídicos o remedios no puede ser en un sentido único, del art. 38 CDFUE -que establece un alto nivel de protección al consumidor-, Vid. PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, "consumer welfare" e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme», cit., p. 808.



Como circunstancia cualificada, el TJUE puso especial énfasis en los casos en los que, como en el proceso de estudio, el bien que constituía el objeto de la garantía hipotecaria se trataba de la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no era adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda.

Además, la dimensión de unilateralidad o mayor favorecimiento del procedimiento para el acreedor formó parte de las valoraciones de las peculiaridades del proceso nacional, pues se constató que basta con que los profesionales (en la terminología de la Directiva 93/13) inicien, si concurren los requisitos legales, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (en alusión a la S. Banco Español de Crédito, asunto C-618/10, apartado 55).

Debe ponerse de relieve que, como indica la doctrina científica, cuando un tribunal de justicia se pronuncia, además de evaluar su decisión en base a factores legales (como los métodos tradicionales de interpretación jurídica) también recurre a factores extralegales, como en este caso el contexto socioeconómico. Ahora bien, entre los diferentes métodos de interpretación disponibles (literal, sistemático, histórico o teleológico, entre otros) el TJUE elige su interpretación final en base a un factor extralegal, y esta elección se lleva a cabo sobre la base del principio de efectividad de la Unión, arrojando la solución que mejor conduciría a un resultado que es instrumental para la consecución más eficaz del Derecho de la Unión y el mejor funcionamiento de la Unión en su conjunto<sup>186</sup>. Tal sería la explicación de la motivación en el caso *Aziz*: el Tribunal de Justicia interpretó bajo la óptica del principio de efectividad, eligiendo la interpretación más favorable al derecho del consumidor (aun a costa de sacrificar la adecuación del procedimiento español de ejecución hipotecaria) pero con el contexto socioeconómico y el hecho de que peligraba la vivienda habitual como telón de fondo.

Todo ello sirvió para rematar la declaración de la normativa española de ejecución hipotecaria (y en concreto los arts. 695 y 698 LEC) como no ajustada al principio de efectividad, en la medida en que, con el tenor de la regulación del momento (año 2013) hacía imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.

---

<sup>186</sup> ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 108-109.

Como destacó la doctrina, la Sentencia Aziz puso de relieve cómo los consumidores de la Unión Europea pueden encontrar una defensa contra las pérdidas de bienestar provocadas por acontecimientos imprevistos<sup>187</sup>.

En base a ello, y como se puso de manifiesto en el punto primero del fallo, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo; ni tampoco permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares que incidan en la ejecución hipotecaria en marcha (entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria), cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

---

<sup>187</sup> DOMURATH, I., «Mortgage Debt and the Social Function of Contract», *European Law Journal*, vol. 22, 6, 2016, p. 761.



## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

#### §2. NOCIÓN GENERAL SOBRE LA IDEA DE LA EFECTIVIDAD Y SU RELACIÓN CON LA CIENCIA JURÍDICA.

##### I. IDEA GENERAL DE LA EFECTIVIDAD.

Hemos de afirmar que la efectividad es un requisito necesario y garantía para el éxito de cualquier sistema legal<sup>188</sup>.

Como cuestión preliminar, es necesario plasmar el significado común del concepto de efectividad, antes de detenernos en su concreción jurídica. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española plantea dos voces para establecer el concepto de efectividad. La primera, como capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. La segunda, como realidad o validez<sup>189</sup>.

La primera voz del diccionario de la Real Academia Española coincide con planteado en el *Oxford Compact English Dictionary* y el *Collins Concise Dictionary*, que concibe la efectividad (*effectiveness*) como el sustantivo derivado de “efectivo”, y se define como la producción de un resultado deseado o previsto<sup>190</sup>. El *Black's Law*

---

<sup>188</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 375.

<sup>189</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, R., «Diccionario de Lengua Española», *Efectividad*, 2014, fecha de consulta 27 mayo 2018, en <http://dle.rae.es/?id=EOjKmr1>, edición digital.

<sup>190</sup> COLLINS CONCISE DICTIONARY, «Effective definición y significado | Diccionario Inglés Collins», fecha de consulta 27 mayo 2018, en <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/effective>, edición digital (*Something that is effective works well and produces the results that were intended*). Igualmente vid. OXFORD ENGLISH DICTIONARY, «Effectiveness | Definition of effectiveness in English by Oxford Dictionaries», fecha de consulta 27 mayo 2018, en <https://en.oxforddictionaries.com/definition/effectiveness>, edición digital (*The degree to which something is successful in producing a desired result; success*).

*Dictionary*, con una perspectiva más económica, define la efectividad como la cercanía de los resultados reales logrados para cumplir con las expectativas<sup>191</sup>.

Descendiendo al terreno de los conceptos más técnicos podemos comprobar cómo el Diccionario del español jurídico establece varias voces para la conceptualización de la idea de la efectividad, diferenciando entre las generales y la de Derecho europeo (que profundizaremos más abajo). Entre la conceptualización general, la efectividad en términos jurídicos se concibe, por un lado, como sinónimo de realidad o certeza (1), y como despliegue de los efectos propios de una norma o resolución (2)<sup>192</sup>. La segunda voz, por su significado, entronca en mayor grado con la idea que profundizamos en el presente trabajo. Si bien en términos generales la efectividad implica la producción de un resultado deseado o previsto, en términos legales debe implicar que la norma desarrolle los efectos que ella misma provee, y por ende son previstos para los particulares, operadores jurídicos e instituciones. Por ejemplo en el acceso a la justicia<sup>193</sup>.

De hecho, se entronca con la misma idea de la jurisdicción: un órgano jurisdiccional sólo puede ejercer la jurisdicción sobre una persona, cosa o derecho si puede hacer que sus pronunciamientos sean efectivos<sup>194</sup>, y ello implica la posibilidad del uso de la coacción sobre el individuo, materia o cualquier otra cosa. La coacción debe implicar de este modo la posibilidad de imponer el cumplimiento del derecho o hacer prevalecerlo sobre su infracción por la vía del poder legítimo (2ª acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

## II. LA EFECTIVIDAD EN LA CIENCIA DEL DERECHO.

Visto lo expuesto, debe destacarse que mientras que en el lenguaje común (de forma ambigua e indeterminada) el significado del concepto “efectivo” se relaciona meramente con la cualidad de lo efectivo, en el lenguaje específico de la ciencia jurídica el principio de efectividad puede tener diversas aplicaciones. Ello dependerá de dos

<sup>191</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY, «What is effectiveness? definition of effectiveness (Black's Law Dictionary)», fecha de consulta 27 mayo 2018, en <https://thelawdictionary.org/effectiveness/>, edición online.

<sup>192</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, R. Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, C., «Diccionario del español jurídico», *Efectividad*, fecha de consulta 27 mayo 2018, en <http://dej.rae.es/#/entry-id/E107340>, edición digital.

<sup>193</sup> Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., «La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita», en CALDERÓN CUADRADO, M. P. y IGLESIAS BUHIGES, J. L. (coords.) *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 287-332.

<sup>194</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 377.

parámetros principales: por un lado, de cuál es el tema o sujeto del que se predica la efectividad; y por otro lado, cuál es el contenido de la propia efectividad de la norma. Aun así, el riesgo de pérdida de efectividad resulta evidente en cuanto que los sujetos de los que cabe presumirse la efectividad son muchos y heterogéneos; y además porque el contenido de la efectividad se limitaría a la reproducción de la connotación de la norma ya contenida en el objeto<sup>195</sup> (cuya aplicación a la realidad ontológica puede ser variada y matizable). Diferenciando entre la existencia de la propia norma y su observancia, la efectividad como predicación o resultado de la norma podrá ser formalmente correcta o incorrecta, pero siempre estará bien construida desde el punto de vista formal<sup>196</sup>.

De este modo la teoría del derecho busca dar respuesta a la efectividad del mismo Ordenamiento jurídico. La noción de efectividad y el principio que deriva de la misma, son teóricamente significativas cuando aparecen en la definición misma de Ordenamiento jurídico, de Derecho positivo, de Derecho vigente y los problemas que se derivan de su interacción. El juego de estos factores implica que el problema de la efectividad del derecho puede aplicarse para resolver o configurar problemas como los efectos de un gobierno de facto, subversión al poder, la constitución en sentido material o la propia personalidad jurídica de los Estados. La efectividad no tendría meras consecuencias intrasistemáticas, sino que su impacto sería metasistemático (es decir, que atañerían a la estructura hipotética y presuntiva de axiomas que regulan el contenido de las normas de los sistemas jurídicos positivos, o lo que es lo mismo un “derecho de derechos”). Por un lado se afectaría a la propia definición de ordenamiento jurídico y, por otra parte, a las condiciones para la existencia del mismo Ordenamiento jurídico<sup>197</sup>.

Plantearemos el problema de la efectividad bajo dos parámetros esenciales. Por un lado, el de la eficacia de la norma. Este debate atendería al hecho de si la norma jurídica puede o no modificar la realidad o el comportamiento humano y su organización social. Y por otro el de la lealtad constitucional, en el que el que se respondería al hecho de si en un sistema estructurado los estadios inferiores pueden establecer barreras o impedimentos para la correcta aplicación de la norma común superior.

Por ello la teoría del Derecho concibe el problema de la efectividad de las normas bajo dos teorías: la idealista y la empirista o realista. La teoría idealista definiría el derecho en términos de valores, de normas, de “deber ser”. Las normas se concebirían en su autonomía conceptual<sup>198</sup>, y por lo tanto no podrían afectarse por las contingencias

---

<sup>195</sup> GAVAZZI, G., «Effettività (principio di)», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 1.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p.1.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>198</sup> Un ejemplo de esta opinión lo constituye la doctrina de SANTO TOMÁS DE AQUINO quien afirma que la ley tendrá fuerza en la medida que sea justa. Pero para Santo Tomás en la ley humana una cosa es justa cuando es recta en función de la razón, y la primera regla de la razón es la ley natural. Por lo tanto, la ley humana tendría fuerza en cuanto a que derive de la ley natural, y si algo está en desacuerdo con la ley natural ya no sería ley, sino corrupción de la ley. Vid. DE AQUINO, S. T., *Suma de Teología*, 2ª, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989, p. 742. Para Santo Tomas el surgimiento de las normas jurídicas

de los hechos u otras eventualidades. Por otra parte la teoría realista contemplaría el derecho en términos de hechos, o de regularidad o “de ser”. La teoría realista de este modo no precisaría un concepto de efectividad, puesto que ya “lo lleva en la sangre”: la efectividad, como realidad empíricamente comprobable, es parte esencial de la definición del propio derecho. Tampoco lo precisaría la teoría idealista, pues de entre las infinitas relaciones que pueden darse en el Derecho la exterioridad o accidentalidad no modificaría el Derecho (lo que supone adaptarse a una concepción más iusnaturalista)<sup>199</sup>.

Destacamos la teoría de la efectividad de TOMÁS DE AQUINO. El mismo, a la hora de plantearse si pueden los súbditos obrar sin atenerse a la letra de la ley, plantea un interesante debate a la hora de concebir la propia efectividad de las normas jurídicas. Para el Doctor angélico la ley se ordena al bien común de los hombres, y de esta finalidad recibe su poder y condición de ley. Y por lo tanto perdería su fuerza vinculante si por la misma regla de tres se apartase de dicha finalidad. En ese sentido se apoya en MODESTINO<sup>200</sup> para declarar que ni el derecho ni el sentido de la equidad pueden interpretarse con tal severa dureza que se convierta en perjudicial lo instituido para la utilidad común de los hombres. En función del caso el cumplimiento de la norma puede ser provechoso o no para el bien común. Pero como a la hora de configurar la norma no se pueden prever todos los casos, la ley se formula de acuerdo con lo que sucede de ordinario. Por ello Santo Tomás justifica que si en un caso la ley puede causar un daño al bien común, no se debe cumplir. Aun así se establece una diferencia respecto a la inmediatez del peligro que podría hacerse cuestionar la pérdida de efectividad de la norma. Si de la observancia literal de la ley no se produce un peligro inmediato al que pueda hacerse frente sin demora, no competería a cualquier súbdito interpretar lo más útil o perjudicial al Estado, sino que correspondería a los gobernantes por su autoridad para dispensar leyes. Pero si de la inmediatez del peligro no se tiene tiempo para recurrir a lo que Santo Tomás denomina un superior (como puede ser un juez en el esquema de división de poderes) la necesidad llevaría aparejada la dispensa, pues la necesidad no se sujetaría a la ley<sup>201</sup>.

En síntesis: Santo Tomás de Aquino contempla una visión relativa de la efectividad de las normas. Sobre la base de la orientación de la ley al bien común, el aproximamiento o alejamiento de la norma a dicho bien común, así como la existencia de peligros inminentes se podría justificar o no la merma de la efectividad y la no aplicación de la misma a los particulares en función del caso concreto.

La teoría de la efectividad del derecho adquiere especial relevancia en el terreno de la teoría iuspositivista, en la que ya no sólo se debate entre el derecho que es o el que

---

humanas deriva de dos procedimientos: por un lado la síntesis de los principios de la razón (vía de la conclusión), y por otro la determinación a partir de lo indeterminado o común (vía de la determinación: por ejemplo, el precepto de “no matarás” derivaría del de “no hacer mal a nadie”). DE AQUINO, S. T., p. 742.

<sup>199</sup> GAVAZZI, G., «Effettività (principio di)», cit., p. 2.

<sup>200</sup> Digesto 1-1, Título III, ley 25.

<sup>201</sup> DE AQUINO, S. T., *Suma de Teología*, cit., pp. 753-754.

debería ser, sino que se analiza la norma válida y despojada de cualquier interpretación basada en valores o moral para lograr la exactitud<sup>202</sup>. Ubicamos aquí la teoría de la efectividad de Hans Kelsen. Para Kelsen, las normas forman parte del Ordenamiento cuando son válidas, y son válidas cuando es producida de conformidad con una norma superior. Y la norma superior al resto de normas (como la Constitución) sería válida cuando se le presuponga la validez<sup>203</sup>.

Partiendo de la idea de la validez, en el sentido de la producción de la norma de forma adecuada con la norma superior, se diferencia entre la validez y la eficacia de la norma. La validez de la norma implica que sea aplicada y obedecida en los hechos, es decir, que la conducta humana se produzca de conformidad a la norma. La eficacia de la norma radicaría en la circunstancia de que se aplique en un espacio geográfico y temporal determinado (y en tal caso tampoco podría considerarse válida). Por ello la efectividad es presupuesto de la propia validez, que puede no coincidir<sup>204</sup>. Como precisan otros autores, la norma podrá ser considerada efectiva cuando sea implementada por una mayoría de sujetos en el interior de un grupo concreto, aunque también podrá considerarse como efectiva la norma que tiene un grado suficientemente alto de probabilidad de ser aplicada en un futuro próximo. Por esa lógica también podrán darse diversos ámbitos de efectividad de la norma en función del conjunto de sujetos o comportamientos en los que se aplica (a través de la jurisprudencia o la doctrina administrativa) pudiendo incluso adquirir diversos grados de intensidad en función del punto de referencia analizado<sup>205</sup>.

Para Kelsen la norma jurídica debe adquirir validez antes de ser eficaz. Antes de ser obedecida y aplicada (por ejemplo por un tribunal que aplica a un caso concreto una ley), debe de haber sido aprobada. Ello implica una relación entre validez y eficacia duradera. La eficacia enlazaría condiciones legales a conductas humanas, o la sanción como consecuencia de un delito. Pero no puede entenderse que la eficacia se condiciona a que la norma sea aplicada por órganos jurídicos, sino a su acatamiento por los sujetos sometidos al orden jurídico. Por ello Kelsen defiende que el ideal de la validez de la

---

<sup>202</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 200. En la teoría kelseniana, el principio de efectividad tiene diferentes significados según las áreas jurídicas en las que se usa. En general y para el derecho internacional ha tenido el significado de legitimidad de situaciones de un gobierno existente de facto; en el que la fuerza y la ilegitimidad se subsana gracias al principio de efectividad; lo que para interpretación de algunos el principio haría legítima una situación de facto. La efectividad se ha empleado en referencia a situaciones reales o de hecho existentes: lo que existe existe, independientemente de su legalidad. El hecho social, el mero hecho, es un derecho. El juicio de efectividad reconocería el derecho positivo como válido pero no lo engendra. Sería la comunidad de personas que genera leyes válidas y no el juicio de existencia legal o principio de efectividad. En el derecho público interno, el principio de efectividad significa la ley soberana, el derecho vivo. Así lo resume FALANGA, M., «Il principio di effettività nella teoresi di A. Catelani e H. Kelsen», *Società e diritti*, vol. II, 3, 2017, p. 16.

<sup>203</sup> En palabras de Kelsen, la norma más suprema se presupone cuando el sentido subjetivo el hecho constituyente, que produce la norma de naturaleza constitucional, y el sentido subjetivo de los hechos que producen las normas cumplidos conforme a la constitución, son interpretados como su sentido objetivo. Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 208.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>205</sup> LIPARI, N., «Il problema dell'effettività del diritto comunitario», cit., pp. 889-890.



norma es que en ningún caso recibiese aplicación (por ejemplo, que no se condene por no haberse cometido el delito que la ley prohíbe) pues los sujetos se representan la consecuencia de sus actos a la luz de la ley y en consecuencia la acatan. En tal caso la eficacia de la norma se limita al acatamiento por los sujetos<sup>206</sup>. De lo contrario, si la conducta humana no se produce de conformidad a la norma jurídica (se comete el delito), al no haber sido acatada la norma, la eficacia dependería de su aplicación a tal caso.

La efectividad de la norma igualmente vendrá dada y limitada por su relación con la coacción. Si la norma no puede aplicarse porque dentro del orden jurídico se aplican fácticamente conductas contrarias al derecho (el ejemplo propuesto por Hans Kelsen, de una banda de ladrones), la merma de la efectividad sería evidente. En tal caso, el orden coactivo jurídico sería menos efectivo que el orden coactivo fáctico (constituido por el grupo al margen de la ley)<sup>207</sup>. Pero en relación al orden jurídico *de facto* Kelsen afirma que la efectividad es una mera condición de la validez de la norma, sin que la efectividad pueda considerarse como la validez misma o suplantarla totalmente<sup>208</sup>. Como ya dijo CICERON, no basta con atribuirse las condiciones o cualidades precisas para gobernar. De nada sirve ostentar la superioridad y primacía que habilitan para las funciones de gobierno si efectiva y realmente no se poseen<sup>209</sup>.

La efectividad también se ha señalado como fundamento cuando se reivindican o deben probarse derechos, o cuando han de reconocerse o se deniega el reconocimiento de derechos, implicando que la mera situación de hecho pueda o incluso deba ser respetada<sup>210</sup>.

De este modo surge la relación entre la legitimidad y la efectividad de la norma. La validez de la norma sólo puede cuestionarse por ella misma o por otra norma superior. De ahí se sintetizaría el principio de legitimidad: la norma de un orden jurídico es válida durante todo el tiempo en el que trascurra hasta que finalice su aplicación en la manera determinada por el orden jurídico en el que se inserta, o hasta que sea reemplazada. En tal caso Kelsen plantea el supuesto de la “revolución”, es decir, una modificación o reemplazo no legítimo (fuera de los cauces establecidos en el orden jurídico) de la constitución como norma fundante básica del Ordenamiento, por la causa que sea. En estos casos el principio de legitimidad estaría limitado por el principio de

---

<sup>206</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 25.

<sup>207</sup> *Ibid.*, pp. 60-61.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 93. En contraposición, otros autores como MENEGHELLI sostienen que la efectividad debe entenderse como una cualidad del sistema normativo históricamente individualizado, y no simplemente como un hecho empíricamente verificable. Vid. MENEGHELLI, R., *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, CEDAM, 1964, p. 161 y LIPARI, N., «Il problema dell'effettività del diritto comunitario», cit., p. 903.

<sup>209</sup> En *De re publica* I, 33, 54: “*Nam optimatis quidem quis ferat qui non populi concessu sed suis comitiis sibi nomen adrogaverunt*”, citado por SANTA CRUZ TEJERO, J., «Notas sobre De republica de Cicerón», *Revista de Estudios Políticos*, vol. 139, 1965, p. 160.

<sup>210</sup> DOEHRING, K., «Effectiveness», *Encyclopedia of Public international law. Vol II*, pp. 43-44. Según el autor, manifestaciones del principio de efectividad supondrían que el Estado en el derecho internacional sólo existe si su poder de gobierno es efectivo, es decir, si es capaz de hacer cumplir sus decisiones dentro del territorio gobernado (soberanía territorial).

efectividad: si la antigua constitución pierde su eficacia la nueva la sustituiría como norma fundante básica, lo que equivaldría al proceso de formación de un nuevo derecho, por lo que las normas jurídicas se interpretarían de conformidad a la nueva constitución. De lo contrario, si la “revolución” no triunfa (y por lo tanto la nueva constitución no despliega sus efectos) las normas que castiguen el reemplazo ilegítimo se aplicarían e interpretarían conforme a la antigua constitución<sup>211</sup>. La opinión de Kelsen presenta una matización: mientras que para las normas el principio de efectividad nunca llega a afectar a la validez de la norma, cuando se trata de una norma fundante básica la efectividad es el factor determinante y que diferenciaría el nacimiento de un nuevo derecho o la sanción o castigo de conformidad al antiguo.

Esta postura es matizada por la doctrina realista del derecho. Para ROSS en el poder compulsivo o coactivo del derecho está su validez. Y de igual modo, la validez estaría en función de la fuerza efectivamente ejercida. El temor y el respeto a la norma y la fuerza o validez se condicionarían, y ningún factor determinaría o precedería al otro. Para la doctrina realista el poder y el derecho no son cosas opuestas. Si el poder social consiste en la posibilidad de dirigir las acciones de otros hombres, el derecho sería un instrumento de poder. Y la relación entre los que deciden lo que es el derecho (legislador) y los que se someten al mismo sería a su vez otra relación de poder. El poder de este modo no es un condicionante del derecho, sino un elemento que funciona por medio del derecho. Cuestión distinta sería si este aparato está condicionado por factores ideológicos (conciencia jurídica formal)<sup>212</sup>.

Similar postura cabría predicarse de la idea de efectividad de la norma según OLIVECRONA. Para el mismo, las normas jurídicas estaría compuestas por imperativos —es decir, expresiones que contienen un deber— de naturaleza indeterminada<sup>213</sup>. Bajo este autor, los efectos de la ley tienen lugar cuando se producen ciertos hechos. Y una situación jurídica se transforma de conformidad a lo dispuesto en la ley. De este modo el imperativo legal condicionaría la acción de los jueces, en el sentido de que los efectos reales de sus pronunciamientos se verían condicionados por los efectos jurídicos que otorgan las normas. El carácter imperativo de la ley igualmente guiaría la conducta de los individuos, quienes se verían condicionados igualmente por los efectos jurídicos de la misma. Entre el público existirían una serie de ideas sobre los derechos, deberes y cualidades jurídicas (como la propiedad o las pretensiones jurídicas en un proceso). Estas ideas pertenecerían a un mundo abstracto o natural. No obstante tales derechos o deberes crean, modifican y transmiten los hechos en virtud del derecho. Por ello este autor defiende la existencia de una conexión entre este mundo ideal y la esfera del derecho, que se produciría a través de los imperativos. Por ello, aun tratándose la ley de palabras (y por tanto ideas abstractas), dan lugar a efectos no sólo simplemente psicológicos en el individuo, sino capaces de modificar la realidad<sup>214</sup>. En

---

<sup>211</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 217-219.

<sup>212</sup> ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pp. 85-86.

<sup>213</sup> OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho*, Barcelona, Editorial Labor, 1980, pp. 118-119.

<sup>214</sup> *Ibid.*, pp. 211-212.

síntesis, la efectividad del derecho dependerá de su capacidad para transformar la representación mental del mismo en hechos, modificando la realidad.

Por último, es preciso detenerse en la efectividad del Derecho en tanto a la posibilidad de que una norma producida en un sistema superior pueda generar efectos en otro inferior.

Es necesario hacer una primera mención a SMEND, quien en su obra tuvo la oportunidad de abordar y plantear el llamado concepto de “lealtad institucional”. Dicho autor, en el planteamiento de su análisis constitucional enunció la llamada “teoría de la integración”. En virtud de la misma, el Estado existe y se desarrolla en un proceso de continua renovación y reviviscencia permanente. Tal proceso de renovación, que el autor considera esencial en el desenvolvimiento de la dinámica del estado, lo denomina integración. Tal integración se produciría por tres planos: integración por medio de personas (comunidad política), la integración funcional (en un sentido colectivo de las formas de vida) y la integración material (por medio de la consecución de objetivos comunes, con la representación de los valores históricos, los símbolos o las ceremonias)<sup>215</sup>.

Smend, que elaboró su obra teniendo en mente la estructura territorial alemana y las tensiones entre el Estado central y los Estados federados, entendió que el Derecho que regula los órganos estatales supremos tenía como principal tarea la de integrar, y esta diferencia cobraría sentido en las obligaciones jurídicas que deben cumplir los respectivos órganos (superiores e inferiores en el entramado estatal) en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>216</sup>. Según este autor, la Constitución federal alemana, como norma suprema, obliga al Estado central (*Reich*) y a los Estados federados (*Länder*) no sólo a mantener una actitud correcta entre ellos en el cumplimiento de sus respectivos deberes políticos y a aplicar sus atribuciones formales (con posibilidad de reclamar las garantías pertinentes de control al Tribunal supremo), sino que les obliga a formar una unidad, y a fomentar y crear unas relaciones federales cordiales. Según Smend a pesar de la condición de igualdad, debe darse preferencia a los intereses del Estado central y por lo tanto los Estados federados individualmente deberán someterse al principio que guía al *Reich* como Estado central<sup>217</sup>. La idea esencial de este autor nos lleva a considerar que la relación entre un sistema superior que produce normas en relación a un sistema inferior en el que deban producir efecto no sólo viene determinada por el juego de relaciones y competencias establecidas en el Derecho positivo, sino que deben apreciarse bajo la óptica de la lealtad constitucional. Y en base a la misma, debería admitirse una preferencia de intereses del sistema superior que obligaría a que no pudiese quedar desvirtuado el Derecho del sistema superior sobre el inferior.

---

<sup>215</sup> SMEND, R., *Constitución y Derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 63 y ss.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>217</sup> *Ibid.*, pp. 238-240.

Obviamente la teoría de Smend se articula para dar respuesta a un fenómeno estatal, en el marco de la estructura territorial interna. La aplicación del principio de lealtad constitucional a la relación entre la Unión Europea y los Estados miembros, si bien puede tenerse en cuenta a la hora de delimitar el grado de efectividad que debe alcanzar el derecho legislado en materias que constituyan fines, misiones o intereses de especial relevancia de la Unión Europea (por ejemplo, declaradas de orden público comunitario, con sus repercusiones y efectos en el Derecho interno) debe encuadrarse y adaptarse a las coordenadas de una Organización internacional con competencias cedidas por los Estados y los propios Estados que la conforman.

Mención especial por la especial conexión con nuestro objeto de estudio merece la opinión de Kelsen sobre la primacía del Orden jurídico internacional y el principio de efectividad. Se parte de su construcción monista, en el que concibe la unidad del Derecho internacional y los diferentes órdenes jurídicos estatales como un sistema unitario de normas<sup>218</sup>. En este contexto Kelsen afirma que el principio de efectividad es una norma de derecho positivo internacional, que determina el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales. Siguiendo este posicionamiento se concebirían los órdenes internos estatales como delegados por el derecho internacional, y “subordinados a este” en cuanto orden jurídico mundial universal<sup>219</sup>. El derecho internacional constituye parte integrante del orden jurídico estatal, y determina mediante el principio de efectividad el fundamento de validez de todo orden jurídico estatal. Por tal razón Kelsen considera que la relación entre el orden jurídico internacional y el nacional no puede ser apreciada como una relación de coordinación, sino como una relación de jerarquía, de supra y subordinación (“*La parte del orden jurídico estatal que representa el derecho internacional se encuentra por encima de la parte que representa al orden jurídico estatal en sentido estricto*”) por lo que la efectividad delimitaría los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos estatales. Paradójicamente el derecho de los estados es el fundamento o presupuesto de la validez internacional<sup>220</sup> (que lo asimila como un

---

<sup>218</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 330. Una opinión similar aplicado al principio de efectividad posee, en este sentido, Joseph WEILER, quien sostiene que el Tribunal de Justicia creó una especie de “marco constitucional de tipo federal” que integraba los ordenamientos jurídicos comunitario y nacionales, estableciendo una jerarquía de las normas con el Derecho comunitario en la parte superior (como “norma fundante básica” kelseniana) para cerrar la puerta a la aplicación selectiva del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales. Vid. WEILER, J., *The Constitution of Europe. Do the New Clothes Have an Emperor? and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 191.

<sup>219</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 338.

<sup>220</sup> Para Kelsen el principio de efectividad del derecho internacional no sería el fundamento último de la validez del mismo ni de la limitación de los órdenes estatales. El fundamento último, bajo la perspectiva del orden jurídico estatal, y que constituiría el punto de partida o piedra de clave para la construcción del ordenamiento monista es la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico estatal (las constituciones nacionales). Este orden jurídico estatal (en su sentido más amplio, incluyendo al derecho internacional reconocido por el propio estado) sería el único soberano en el sentido de un orden jurídico supremo respecto al cual ningún otro es presupuesto. Vid. *Ibid.*, p. 343. Otros autores han defendido, en apoyo de esta idea y en el marco del llamado “diálogo de tribunales” u osmosis jurisdiccional en la que entran en juego diversos tribunales superiores (TEDH, TJUE, y Tribunal Constitucional) que el juez nacional (y en concreto el español) está vinculado en primer lugar a la Constitución, y por lo tanto el juez nacional se convertiría de forma necesaria en aplicador primario de la Constitución. Vid. OLLERO TASSARA, A., «Diálogo de tribunales en el marco europeo», en DE LUCAS MARTÍN, J.: VIDAL GIL, E.:

derecho interno más), mientras que a su vez el ordenamiento internacional constituiría una norma fundante o suprema básica en el sistema monista<sup>221</sup>. Esta difícil relación marcará, y aún a día de hoy determina las complejas relaciones entre el derecho internacional y el nacional de los estados, y la efectividad del primero en los segundos.

En una aproximación al Derecho internacional, algunos autores señalan que el principio de efectividad se fundamenta en dos principios individuales: por un lado el principio de que todas las disposiciones individuales de los tratados deban considerarse redactadas con el propósito de lograr un efecto específico, de modo que toda interpretación que dé lugar a que una disposición del tratado se convierta en letra muerta sería contrario al principio de efectividad; y por otro el principio de que el tratado en su conjunto se basa en un objetivo específico, por lo que cualquier interpretación que impida que se logre dicho objetivo sería también es contrario al principio de efectividad<sup>222</sup>.

La doctrina ha aplicado el principio de efectividad a la actuación de tribunales internacionales. Esta dependería de la capacidad del tribunal internacional en cuestión de obligar a los Estados al cumplimiento de sus fallos. Tal cumplimiento se lograría de forma directa sobre los gobiernos u órganos jurisdiccionales nacionales, o por medio de las pretensiones de las partes<sup>223</sup>.

La lógica sobre la interpretación monista puede aplicarse, como implícitamente se ha señalado desde el inicio del presente trabajo, a las relaciones entre el Derecho procesal nacional y el Derecho comunitario. Por ello BIAVATI sostiene que en las relaciones entre los respectivos Derechos procesales nacionales y el Derecho de la Unión Europea existen tres niveles en función de las áreas que lo regulan. En el primero el Derecho procesal nacional ocuparía el puesto de un derecho local, en relación con un Derecho de la Unión Europea superior, de naturaleza casi federal y no discutiendo la supremacía de la norma comunitaria que tendría una aplicación cuantitativa dominante. En el segundo nivel el Derecho europeo no sería un sistema completo o de aplicación inmediata, que no podría disciplinar completamente el Derecho procesal nacional<sup>224</sup>. El

---

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. Y OTROS (coords.) *Pensar el tiempo presente: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 911-912. Como sintetiza ROCA TRIAS, E. Y COUSO GARCÍA, S., «¿Es real el diálogo entre tribunales?: Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales», *Teoría y realidad constitucional*, vol. 39, 2017, p. 547, asumir que las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y el ordenamiento estatal se rigen (también en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales) por los principios de primacía y competencia, haría más fácil la relación entre Tribunales dada la configuración europea de los derechos fundamentales, por lo que a juicio de la autora se incluiría a la jurisdicción constitucional bajo los estándares del principio de primacía del Derecho de la Unión y la propia jurisdicción del TJUE (recalcándose por tanto la obligación de plantear cuestión prejudicial en los ámbitos de su competencia).

<sup>221</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 342.

<sup>222</sup> PÖTGENS, F. Y DE HEER, L., «The International Public Law Effectiveness Principle and Qualification Conflicts from a Dutch Perspective», *Intertax*, vol. 40, 1, 2012, p. 60.

<sup>223</sup> HELFER, L. Y SLAUGHTER, A.-M., «Toward a theory of effective supranational adjudication», *Yale Law Journal*, vol. 107, 2, 1997, p. 290.

<sup>224</sup> Sería incompleto porque las fuentes que inciden en el Derecho procesal abordan sólo algunos aspectos de la tutela jurisdiccional. Iría desde áreas ampliamente reguladas (como la competencia judicial, el

tercer nivel quedaría para los grandes principios fijados en las cartas de derechos, como el CEDH (arts. 6 y 13)<sup>225</sup>.

### **§3. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA REGULACIÓN PROCESAL INTERNA PARA LA SATISFACCIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN LOS ESTADOS MIEMBROS.**

#### **I. CONCEPTUALIZACIÓN GENERAL DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN.**

Apuntamos la problemática de compatibilidad del proceso de ejecución sobre bienes hipotecados regulado en la LEC española con el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea. En vista a la comprensión de la sucesiva jurisprudencia emanada por el TJUE -así como para fundamentar un adecuado análisis sobre los demás trámites y dimensiones procesales del procedimiento-, se hace indispensable que sigamos profundizando el estudio de dicho principio, con su especialidad en materia de Derecho europeo de consumo.

El Diccionario del Español Jurídico define la efectividad como un “principio que limita la autonomía institucional y procesal de los Estados miembros de forma que la aplicación de normas y procedimientos internos o el acceso a las vías procesales nacionales no podrá ser en condiciones menos favorables que para las reclamaciones fundadas en normas internas, y tampoco en condiciones tales que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico de la Unión” (tercera acepción)<sup>226</sup>.

---

reconocimiento o ejecución de sentencias, o las notificaciones) a áreas más marginales (como la prueba o las medidas cautelares) o incluso áreas que quedan totalmente extrañas al fenómeno del que se ocupan (como el proceso ejecutivo). También sería heterogéneo porque cada fuente de Derecho comunitario queda dotada de eficacia limitada a los presupuestos que la definen (por ejemplo, las reglas de competencia judicial no son las mismas para la materia civil, mercantil o la matrimonial); o las medidas cautelares, en la que convergen elementos normativos diversos (por un lado, el art. 24 del Convenio de Bruselas, y por otro la jurisprudencia del TJUE en materia de efectividad de la tutela judicial). Vid. BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit., p. 720.

<sup>225</sup> *Ibid.*, pp. 719-721.

<sup>226</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, R. Y OTROS, «Diccionario del español jurídico», cit., edición online. Se citan, como síntesis del principio, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, asunto C-199/82, caso Amministrazione delle finanze dello Stato/San Giorgio (p. 12, en relación a la devolución de los impuestos recaudados por un Estado miembro en contra de las disposiciones de Derecho comunitario), la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991,

La efectividad del Derecho de la Unión Europea no es en principio evidente, dado su origen en el Derecho internacional: en el Derecho internacional público existen numerosos tratados (entre ellos, la Carta de las Naciones Unidas), cuya eficacia frente a sus instituciones así como sus Estados parte son problemáticos. Aquí también se encuentra otra gran diferencia entre la Unión como portadora de autoridad pública y un Estado: la falta de medios de coacción. La efectividad de las normas nacionales no generaría dudas en relación a la potestad del Estado de legislar y hacer cumplir lo legislado. La Unión Europea, en contrario, sería una organización internacional o comunidad de derecho sin potestad coactiva propia. No obstante, presentaría diferencias que lo separarían de esta categoría. Los principios del derecho primario contenido en los Tratados constitutivos de la Unión hicieron especial hincapié en el imperio de la ley en los Estados miembros, plasmado en la efectividad del Derecho de la Unión o su carácter normativo interno<sup>227</sup>. Como nos detendremos en el apartado correspondiente a los fundamentos jurídicos del principio de efectividad, se observará como el derecho de los Tratados crea un punto de conexión o “toma de tierra” en los respectivos ordenamientos jurídicos internos.

Como consideración previa, la doctrina científica ha distinguido diferentes dimensiones para el principio de efectividad<sup>228</sup>. Se puede hablar de la efectividad de disposiciones normativas o legislativas concretas del Derecho comunitario (que se tutelaría a través del llamado efecto directo o la interpretación conforme, por ejemplo); efectividad en la persecución de los objetivos de la Unión y protección de los valores fundamentales de la misma; efectividad en la asignación de las competencias; o efectividad en el funcionamiento de los procesos y procedimientos. Y dichas dimensiones del procedimiento de efectividad, como es natural y lógico, se superponen entre ellas<sup>229</sup>. Por ello y a los efectos de concretar en el presente estudio nos centraremos en lo que puede denominarse principio de efectividad en la regulación procesal interna para la satisfacción del Derecho europeo, lo que supondría la combinación de la efectividad de disposiciones normativas o legislativas del Derecho europeo (a los que, en función del acto jurídico correspondiente, se le atribuirían los efectos, alcances y

---

asunto C-6/90, caso Francovich y Bonifaci/Italia (p. 43, en relación a las condiciones, de fondo y de procedimiento, establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños), la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, asunto C-432/05, caso Unibet (p. 43) y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de julio de 2010, asunto C-246/09, caso Bulicke (p. 25). Pueden añadirse igualmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, asunto C-46/93, caso Brasserie du pêcheur (pp. 39, 71, 72 y 95).

<sup>227</sup> VON BOGDANDY, A., «Founding Principles», en VON BOGDANDY, A. y BAST, J. (coords.) *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 30.

<sup>228</sup> Vid., a modo ejemplificativo, la diferenciación de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 661-663. A juicio del autor en un primer grupo quedaría la evaluación de la conformidad de las normas procesales nacionales en el ordenamiento comunitario (eficacia procesal). Aquí se incluiría la posibilidad real de ejercitar derechos subjetivos comunitarios, y se enjuiciarían normas procesales nacionales. En el segundo grupo se incluirían las normas sustantivas que acompañarían a los derechos comunitarios, y la efectividad se dirigiría a evitar que las normas materiales nacionales desvirtúen las garantías del Derecho de la Unión; y por último cuando entran derechos fundamentales en juego.

<sup>229</sup> ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 101.

vinculación del art. 288 TFUE<sup>230</sup>), que de por sí genera efectos vinculantes para los Estados miembros; y la efectividad en el funcionamiento de los diferentes procesos regulados en los diferentes Ordenamientos jurídicos internos. En una concepción negativa se dirigiría, como se ha apuntado anteriormente, a las normas de Derecho procesal nacional que excluyan la protección efectiva para los derechos de los individuos derivados del efecto directo del Derecho de la Unión.

Es por ello por lo que el principio de efectividad en la regulación procesal interna funcionaría como una “cláusula de reserva de dominio” o derecho de revisión a favor del TJUE y del Ordenamiento jurídico de la Unión, siempre que el Derecho procesal interno -que sería en sí mismo el soberano en su respectivo Estado-, no fuese adecuado (por algún motivo) para garantizar el nivel de protección considerado por el Tribunal de Justicia, como una especie de estándar mínimo<sup>231</sup>.

Como rasgo esencial cabe destacarse que el principio de efectividad fue desarrollado sin encontrarse explícitamente consagrado en ninguna disposición del Derecho primario ni ningún Tratado de la Unión Europea hasta su definitiva inclusión en el art. 19-1 TUE, pues hasta entonces fue reconocido como un principio general del Derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>232</sup>. No en vano algunos autores lo han considerado como un meta-principio de la Unión Europea, como fuente del derecho que determina la existencia y aplicación de otros principios generales del Derecho de la Unión (como el de tutela judicial efectiva, como se analizará posteriormente, pero igualmente los de efecto directo, primacía, subsidiariedad, proporcionalidad y el resto de Derechos fundamentales de la Unión), y que concretiza la lógica más importante que subyace en el funcionamiento del sistema legal de la Unión y de sus instituciones en su total complejidad<sup>233</sup>. De su importancia deriva que algunos autores lo hayan considerado como “el alma verdadera” del Derecho de la Unión<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup> Aquí se englobaría todo lo que haría posible las disposiciones normativas de la Unión: interpretación, aplicación, implementación y ejecución de la misma para conseguir una vigencia plena y efectiva. Se incluirían igualmente la interpretación conforme, el efecto útil, el efecto directo, o la aplicabilidad directa.

<sup>231</sup> PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 18. En contra, se ha enunciado que el principio de efectividad de los cauces jurídicos debe basarse en la idea de la adecuación, no de una protección o efectividad mínima. Vid. VAN GERVEN, W., «Of rights, remedies and procedures», cit., pp. 503-504.

<sup>232</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 385. El mismo autor se plantea las diferentes concepciones ontológicas que puede alcanzar el principio de efectividad, desde un principio rector cuya función es garantizar, mediante su aplicación, que la ley se respete y cree efectos tangibles; o, por el contrario, como un argumento de existencia factual o meramente jurisprudencial que justifica y exige la autoridad de la norma jurídica (p. 401).

<sup>233</sup> ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 92 y 98. El mismo autor sostiene que el principio de efectividad, como principio general del derecho de la unión de naturaleza constitucional, es extensible a las instituciones por medio del art. 13-1 TUE al establecerse como finalidad de las instituciones de la Unión el garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones, y el art. 3-6 TUE (*la Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados*), amén de la cláusula de flexibilidad que suponen las competencias implícitas del art. 352 TFUE, al que ya se ha hecho referencia.

<sup>234</sup> PESCATORE, P., «The doctrine of direct effect: an infant disease of community law», *European Law Review*, vol. 8, 1983, p. 177.



En cualquier caso el principio de efectividad se aplicaría a todas las normas de Derecho de la Unión: a los tratados, a las normas de derecho secundario y a las disposiciones nacionales aplicativas de las mismas<sup>235</sup>. No en vano, la concepción del principio de efectividad como fuente del derecho provoca que deba complementarse en su interpretación y aplicación por los respectivos derechos nacionales. A partir del principio de efectividad se toma en consideración las normas de los tratados y del derecho secundario para dar lugar a normas no escritas o expresamente reflejadas (como otros principios generales) que son necesarias para la necesaria consecución de los fines de la Unión o el mismo funcionamiento del derecho en particular que se trate<sup>236</sup>.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PRINCIPALES DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN.

Los fundamentos jurídicos del principio de efectividad se sostienen en un complejo marco legal de difícil precisión. El nacimiento del principio fue de cuño jurisprudencial, en el punto quinto de la ya citada Sentencia Rewe C-33/76 del TJUE de 16 de diciembre de 1976. A partir de esta Sentencia, y como iremos profundizando a lo largo del presente trabajo, su desarrollo jurisprudencial ha ido en aumento. Y esta es la razón por la que, como señala la doctrina que se citará a lo largo del presente epígrafe, el principio se ha ido acomodando y encajando en diversas disposiciones de Derecho primario.

Por ello, siendo el principio de efectividad tan difuso e impreciso la delimitación de sus fundamentos jurídicos es compleja. No obstante, pueden señalarse diferentes preceptos de Derecho primario en los que puede sostenerse el principio de efectividad del Derecho de la Unión.

La doctrina ha apuntado en primer lugar al art. 4-3 párrafo 2º del TUE (antiguo art. 10 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), en virtud del cual *los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión*. Este artículo reviste de especial importancia pues, además de consagrar al principio de efectividad como principio rector

---

<sup>235</sup> ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 95.

<sup>236</sup> Como ejemplo de ello en *Ibid.*, p. 96, se especifica que el propio funcionamiento del principio de efectividad produjo el reconocimiento de unos Derechos fundamentales de la Unión Europea (antes de su codificación), pues se entendieron necesarios para el proyecto de integración europeo y el funcionamiento del sistema constitucional de la Unión. La misma lógica podría trasladarse, como de hecho se ha trasladado, el Derecho europeo de consumo.

(junto con el art. 19-1 TUE) incluye una obligación positiva dirigida a los Estados<sup>237</sup> de tomar todas las medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias. Esta obligación conllevaría asimismo un deber negativo o prohibición a los Estados miembros de abstenerse de cualquier medida (activa u omisiva) que pudiese poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado a manos del Derecho nacional interno. Entre otros planos esta obligación o deber incluiría a las estructuras institucionales internas y a las normas de procedimiento<sup>238</sup>. Destaca el hecho de que el tenor del artículo no sólo impide la edificación de obstáculos, sino que se complementa y va más allá con la obligación de abstención de cualquier medida que pueda interpretarse como un peligro a la consecución de los objetivos de la Unión.

De este modo el principio de efectividad, susceptible de aplicación más inmediata por los ciudadanos europeos en sus relaciones con las diferentes administraciones de justicia *ex art. 19-1 TUE*, se queda reforzado con un “plus”: el deber de cooperación leal<sup>239</sup>. Dicho deber se traduce en obligación directa dirigida a los Estados para conseguir la efectiva aplicación del Derecho comunitario en sus territorios, a lo que deben dar cauce en cualquiera de los poderes de los que gozan (legislativo, ejecutivo/administrativo o judicial)<sup>240</sup>.

El deber de los Estados de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias ha sido aplicado, por ejemplo, al art. 288-3 TFUE, antiguo art. 249 TCE

---

<sup>237</sup> El principio de efectividad con este precepto pasa, de este modo, de obligar no sólo a las instituciones, sino también a los Derechos nacionales. Tanto los poderes, medidas y legislación provenientes de las instituciones como de los Estados miembros deben ser funcionales a los propósitos, objetivos y fines de la Unión. Vid. *Ibid.*, p. 94.

<sup>238</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 386.

<sup>239</sup> Así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a la hora de delimitar la obligación de los Estados de proporcionar la tutela judicial de los Derechos del Ordenamiento comunitario a los justiciables. Vid. Sentencias de 16 de diciembre de 1976 relativas al caso Rewe (C-33/76), p. 5, y Comet (C-45/76), p. 12; de 9 de marzo de 1978, caso Simmenthal (C-106/77), pp. 21 y 22; de 19 de junio de 1990, caso Factortame (C-213/89), p. 19; de 14 de diciembre de 1995, caso Peterbroeck (C-312/93), p. 12 y de 13 de marzo de 2007, caso Unibet (C-432/05), p. 38, entre otras. Para la doctrina, el deber de cooperación leal del art. 4 TUE contiene un elemento de organización jerárquica (de las disposiciones normativas de la Unión a los Estados, vid. MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», cit., p. 1180; o GRECO, G., «A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri», cit., p. 22.

<sup>240</sup> En base al principio de cooperación incumbiría a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros garantizar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones de Derecho comunitario, teniendo los órganos jurisdiccionales el deber de protegerlos. Y en caso de falta de una normativa comunitaria en la materia correspondiente, correspondería al ordenamiento jurídico interno de cada Estado designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la protección de los derechos que se derivan para los justiciables del efecto directo del Derecho comunitario. Así lo establece el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 27 de marzo de 1980, asunto C-61/79, caso Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana, p. 25. Como afirma la doctrina en interpretación de este precepto, la existencia de Derechos sustantivos configurados por el Ordenamiento europeo se complementa por los ordenamientos procesales nacionales. A falta de cauces jurídicos para garantizar la eficacia del Derecho primario europeo se acudiría a los procedimientos nacionales, hablándose de un “complemento perfecto” o complemento necesario entre el Derecho europeo y los procesales nacionales de los Estados. CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali», cit., pp. 664-665.

(que establece el carácter obligatorio de la Directiva respecto al resultado que debe conseguirse, aun dejando a las autoridades nacionales la libre elección de forma y medios) y en el art. 291-1 TFUE, según el cual los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión. En tales casos el TJUE ha considerado que los tribunales nacionales tienen la obligación de interpretar las disposiciones nacionales a la luz de la redacción y el objetivo de las directivas a fin de lograr el resultado perseguido por las mismas (principio de interpretación conforme, que se derivaría de una interpretación combinada del art. 4-3 TUE y 288 TFUE<sup>241</sup>). Tal doctrina se establece en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89, caso *Marleasing*. Al aplicar el Derecho nacional es el órgano jurisdiccional nacional el que debe interpretar la Directiva, permaneciendo obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva al efectuar dicha interpretación; ateniéndose a las exigencias de los Tratados (p. 8).

El art. 267-a) y b) del TFUE establece que el TJUE será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados; así como sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión<sup>242</sup>. Con esta disposición se ha conseguido, por un lado, que el propio Tribunal ayude a garantizar la aplicación efectiva, coherente y uniforme del

---

<sup>241</sup> En tal sentido AZZARRI considera que estos preceptos establecen una limitación en vía hermenéutica dirigida a los Estados miembros (y por ende a los tribunales de justicia). Vid. AZZARRI, F., «Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo», cit., p. 1084. Ahora bien, otros autores, como LIPARI, sostienen que el principio de interpretación conforme tomado en cuenta conjuntamente con el de efectividad deben pasar por la consciencia de la integridad del sistema jurídico interno de los Estados, y por lo tanto la efectividad deberá orientarse a buscar un resultado interpretativo concretamente adecuado para conseguir una solución conforme a la finalidad buscada por el Derecho de la Unión (pero en todo caso anclada al Derecho interno). Vid. LIPARI, N., «Il problema dell'effettività del diritto comunitario», cit., 896. Igualmente, en las relaciones entre el Derecho de la Unión y los diferentes derechos nacionales la doctrina ha puesto su particular énfasis en la diferenciación entre el efecto directo y la interpretación conforme. El efecto directo buscaría la aplicación del Derecho internacional en una controversia de Derecho interno o doméstico, mientras que a la interpretación conforme se la cataloga como “efecto indirecto”. Con la interpretación conforme se buscaría subordinar la interpretación de la norma doméstica a la supranacional ya predispuesta. De este modo la aplicación sería gradual y paulatino: los tribunales de justicia recurrirían al efecto directo cuando fuese imposible ofrecer una interpretación del derecho nacional compatible con el supranacional. Vid. MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», cit., pp. 1177-1178.

<sup>242</sup> Según PIVA, algunos Estados miembros, a través de la jurisprudencia de sus respectivos tribunales superiores o constitucionales, se han alineado con una posición “monista” o “dualista”, en la terminología kelseniana, que repercutiría en el grado de asimilación del efecto directo del Derecho de la Unión en el ordenamiento interno, con mayor o menor automaticidad. Pero el posicionamiento monista o dualista de un Estado no puede obviar el contenido del art. 267 TFUE, y el efecto que tendría: que la labor de los tribunales supremos y constitucionales de los diferentes Estados miembros estarían sujetos a una vigilancia especial en los Tratados constitutivos y de la jurisprudencia del TJUE en base a dicho precepto. Para ello se remite a la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario cuando el Tribunal nacional la su resolución con desconocimiento al Derecho comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, caso *Köbler*). Vid. PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 234-236.

Derecho comunitario en los respectivos ordenamientos internos, pero además y por efecto del comentado art. 4-3 p. 2º TUE ha obligado indirectamente a los Estados miembros a garantizar la eficacia del Derecho comunitario, exigiéndose a las autoridades judiciales de los Estados miembros que hagan lo que sea necesario para implementar y ejecutar el Derecho comunitario dentro de sus jurisdicciones. De este modo la implementación y control interno de la aplicación y ejecución del Derecho europeo redundan en el propio principio de eficacia, ya que se faculta al TJUE para verificar -incluso a instancias de los particulares-, si se ha cumplido la obligación dirigida a los Estados miembros (control de eficacia)<sup>243</sup>.

Algunos autores han sostenido que el principio de efectividad no es directamente aplicable, sino indirectamente y a través de los principios generales del Derecho que el mismo engendra y derivan del mismo. Bajo esta tesitura el incumplimiento o infracción del principio de efectividad sólo podría invocarse si otros principios generales del derecho (como el de proporcionalidad o el de tutela judicial efectiva) también se ven conculcados conjuntamente<sup>244</sup>. No obstante, de la reciente praxis jurisprudencial del propio TJUE puede comprobarse que la posible conformidad o conculcación del Derecho procesal nacional al principio de efectividad ha sido argumentada de forma propia, sin vincularse con otros principios (con independencia de que en el asunto en cuestión se hubiesen debatido otras cuestiones como *ratio decidendi*, que en nada condicionan las valoraciones del tribunal en relación al principio de efectividad). Sirve como conocido ejemplo las valoraciones del TJUE entre los considerandos 53-63 del anteriormente comentado caso Aziz (C-415/11). Cuestión distinta sería cómo se va amoldando y qué vicisitudes o grado de complejidad va adquiriendo la delimitación del principio de efectividad en sus distintos ámbitos de aplicación específicos (como el Derecho europeo de consumo o la igualdad o no discriminación en el ámbito laboral). No obstante y en contraposición con el autor citado al inicio del presente párrafo (ORTINO), bajo nuestra opinión (y en concordancia con los criterios decisorios del TJUE, que ahondaremos en futuros epígrafes) el principio de efectividad siempre será directamente aplicable, sin que sea necesario condicionarlo a la conculcación de otro principio general del Derecho de la Unión. El único requisito será que el Derecho nacional implique una barrera a la posibilidad de aplicación de un órgano jurisdiccional del Derecho de la Unión.

Finalmente apuntar que en las fuentes de Derecho secundario o derivado el legislador europeo ha ido plasmando manifestaciones del principio de efectividad aplicados a regulaciones concretas. Las mismas se detallarán en el apartado relativo a

---

<sup>243</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 387. Al igual que en la cuestión prejudicial, que será el cauce procesal al que más nos referiremos en el presente trabajo, el Derecho de la Unión contempla otros mecanismos para los casos en los que el Estado no se atuviese a cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados, como el recurso de incumplimiento cuyo recurso al Tribunal permite el art. 258 TFUE.

<sup>244</sup> En este sentido ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 100.

los ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión, y en el capítulo correspondiente del principio de efectividad aplicado a Derecho europeo de consumo.

### III. DEBATE SOBRE LA IDENTIDAD DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA REGULACIÓN PROCESAL Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN.

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del TJUE han empleado las nociones de efectividad, efectividad de la tutela judicial y tutela judicial efectiva de forma amplia y siempre en relación a la necesidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales no minen la aplicación del Derecho de la Unión. Pero a nuestro juicio puede reconducirse a dos figuras de particular importancia en el Derecho comunitario: el principio de efectividad del Derecho de la Unión y el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión.

La relación entre estos conceptos es extensa y puede generar gran confusión. No obstante, debe marcarse una diferencia clara en relación a los fundamentos jurídicos que lo sustentan. Con independencia del contenido, el principio de efectividad del Derecho de la Unión encuentra su fundamentación jurídica en los preceptos de Derecho primario que hemos citado en los artículos anteriores, junto con otras normas en ámbitos específicos de Derecho secundario (como la Directiva 93/13). Este principio se originó y desarrolló en la jurisprudencia del TEDH a partir del año 1976 (caso Rewe, asunto 33/76), y como su propio nombre indica es un principio general del Derecho de la Unión con rango constitucional. Por el contrario, la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión es un Derecho fundamental regulado en el art. 47-1 de la CDFUE, en vigor a partir de la Carta de Niza del año 2000.

La diferenciación entre ambos es clara: uno se trata de un derecho y otro de un principio. En palabras de CASTÁN y de forma sintetizada “el derecho subjetivo es la facultad o conjunto de facultades que se otorga por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz para la satisfacción de sus fines e intereses. Y autorizaría al titular del derecho para obrar válidamente y exigir de los demás, por un medio coactivo, el comportamiento correspondiente”<sup>245</sup>. El derecho subjetivo sería una facultad concedida por el Ordenamiento jurídico a un sujeto, para la satisfacción de sus intereses, pudiendo exigir un comportamiento a terceros. Un principio, tal y como ha definido DE LA OLIVA, sería “una idea o regla que constituye un punto de partida para la construcción de los instrumentos esenciales” del Derecho, y como tales lo originarían (de ahí su

---

<sup>245</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, comun y foral. Tomo primero, introducción y parte general. Volumen Segundo*, Madrid, Reus, 1987, p. 32.

denominación de “principio”) y lo determinarían sustancialmente. Tal y como ha sintetizado DE DIEGO, los principios no son normas, ni leyes, ni preceptos, sino semillero engendrador de ellos e inspirador de decisiones jurídicas que el Juez habrá de extraer y formular<sup>246</sup>.

El principio debería diferenciarse de los criterios generales o máximas, en tanto que el principio determinaría las diferencias o características esenciales del Derecho<sup>247</sup>. En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva (en el caso que estudiamos, de rango fundamental en el Derecho de la Unión) es una facultad que otorga el Derecho comunitario a los individuos exigible ante las instituciones de la Unión, mientras que el principio de efectividad es una idea general y esencial del Derecho de la Unión, que lo determinaría. Como principio, la efectividad puede ser invocada por los particulares a la hora de delimitarse el contenido del Derecho de la Unión, derivándose consecuencias jurídicas, pero no podría considerarse en sí mismo como un derecho.

Respecto al contenido del derecho y del principio que comentamos, la similitud es mucho más amplia. De entrada entendemos incluido o íntimamente ligado, por su concepto y extensión, el derecho a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión Europea del art. 47-1 de la CDFUE con el principio de efectividad<sup>248</sup>.

En base al derecho a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión, regulado en el art. 47-1 de la CDFUE, “el órgano jurisdiccional nacional debe dar protección jurisdiccional (de acuerdo con la autonomía procesal de los Estados) para asegurar el pleno respeto a los Derechos nacidos de una norma de la Unión Europea”. Tal derecho “obliga a los Estados para que respeten al juez nacional en la aplicación del Derecho de la Unión”<sup>249</sup>.

Aun siendo diferente la naturaleza jurídica, las ideas esenciales coinciden: se trata de impedir que el Derecho de la Unión resulte inaplicable por encontrarse el juez nacional ante una barrera de Derecho interno (establecida por el Estado miembro por medio de la función legislativa procesal) que obstruye la correcta aplicación o ejecución del Derecho europeo.

Puede destacarse una diferencia en el contenido, pues el Derecho fundamental del art. 47 CDFUE incluye otros derechos en sus párrafos segundo (derecho a que la causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez

---

<sup>246</sup> DE DIEGO GUTIÉRREZ, F. C., *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales celebrado el 16 de septiembre de 1940*, Madrid, Reus, 1942, p. 14, citado por CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, cit., p. 158.

<sup>247</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los principios del proceso», cit., pp. 195-197.

<sup>248</sup> En similar sentido SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, 2, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 450, que considera que la aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o del principio de efectividad (o equivalencia) se reconducen a un mismo contenido y nivel de protección.

<sup>249</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, R. Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, C., «Diccionario del español jurídico», *Tutela judicial efectiva*, fecha de consulta 16 junio 2018, en <http://dej.rae.es/#/entry-id/E239690>, edición online, segunda acepción.

independiente e imparcial, y a la defensa) y tercero (derecho a la asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes). No obstante y en términos generales, el Derecho a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión propiamente considerado es el que se regula en el art. 47-1 CDFUE: “*Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo*”, cuyo contenido es el que entendemos similar al del principio de efectividad.

A lo largo de este trabajo hemos empleado el término tutela judicial efectiva del Derecho europeo y efectividad del Derecho europeo o efectividad de la tutela como sinónimos o de forma muy indistinta. Pero aclaramos que lo hacemos siempre que no nos refiramos específicamente al Derecho del art. 47 CDFUE en sus párrafos segundo y tercero, pues el párrafo primero constituye un complemento y forma parte del principio de efectividad, y en tanto que como principio constituye un punto de partida y determina sustancialmente el Derecho de la Unión Europea. Por ello la doctrina ha apuntado que el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su concepción amplia (párrafos segundo y tercero del art. 47 CDFUE), no puede subsumir e integrar plenamente al principio de efectividad del Derecho europeo por tener objetivos y razones diferentes<sup>250</sup>.

Antes de la promulgación de la CDFUE el TJUE interpretó el deber de los Estados miembros de disponer de un cauce jurídico adecuado que deriva directamente del principio de efectividad en consonancia con los textos internacionales de Derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos o Convenio Europeo de los Derechos Humanos) así como las tradiciones constitucionales comunes de los Estados en la Sentencia del asunto C-222/84 (caso Johnston) de 15 de mayo de 1986<sup>251</sup>. Esta interpretación fue aplicada al art. 6 de la ya derogada Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, que como veremos en el siguiente epígrafe se trata de una plasmación del principio de efectividad a un ámbito concreto. La razón de esta interpretación en consonancia a los textos internacionales de Derechos humanos explica dos cosas: en primer lugar, que la protección del Derecho a la tutela judicial efectiva comunitaria fue aplicada antes de su nacimiento en la Carta de Niza de 2000 al hilo del control del principio de efectividad; y en consecuencia la confusión de ambos conceptos.

---

<sup>250</sup> HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», cit., p. 408.

<sup>251</sup> Que, como lo analiza la sentencia en su p. 18, se trataría de un principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH y hoy se encuentra regulado en el art. 47 CDFUE. También está consagrado en los artículos 6-1 y 13 del CEDH, así como por los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, y por los Artículos. 2-3 y 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España en virtud del Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977 (BOE 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9337 a 9343).

La confusión que ponemos de relieve se refleja en la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia ha empleado los términos de efectividad y tutela judicial efectiva de forma indistinta en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 2010, caso C-317/08, asunto Alassini y otros<sup>252</sup>. En tal caso se discutió si el intento de conciliación obligatoria al que obligaba los arts. 3 y 13 del Reglamento italiano relativo a la resolución de litigios entre operadores de comunicaciones y usuarios finales impedía el ejercicio de derechos a los particulares establecidos en la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, y las Recomendaciones 98/257 y 2001/310/CE. El Tribunal de Justicia declaró que la exigencia de equivalencia y de efectividad expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión (p. 49 de Alassini), lo que implicaría unas consecuencias teleológicas similares de los principios de efectividad y tutela judicial efectiva.

En el caso Alassini se destacó que el hecho de que la legislación nacional de un Estado impusiese como requisito de admisibilidad de una acción judicial la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial era una circunstancia que *a priori* podría entenderse que afectaba al ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por la Directiva 2002/21/CE de servicio universal. No obstante, de diversas circunstancias<sup>253</sup> se concluyó que un procedimiento obligatorio de conciliación no hacía imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos a los justiciables en la referida Directiva. Igualmente se consideró que el procedimiento de conciliación italiano respetaba el principio de tutela judicial efectiva en tanto que el

---

<sup>252</sup> Con carácter previo pueden destacarse las reflexiones del Abogado General Giuseppe Tesauo en el ya referido asunto C-213/89 (Caso Factortame I) presentadas el 17 de mayo de 1990, donde a la hora de extraer el principio de efectividad (en relación a la tutela cautelar pretendida en el Ordenamiento interno inglés a la luz del Derecho comunitario) resalta que la finalidad fundamental de cualquier ordenamiento jurídico se trata de la efectividad de la tutela jurisdiccional (p. 18 de sus conclusiones) y que la obligación del órgano judicial nacional es la de garantizar una tutela judicial efectiva a los derechos conferidos a los particulares por el Derecho comunitario, “obligando” de este modo al juez nacional (p. 33 de sus conclusiones).

<sup>253</sup> En primer lugar, el resultado del procedimiento de conciliación no es vinculante para ninguna de las partes y por tanto no afectaba al derecho de acceso a un cauce jurídico. En segundo lugar, el procedimiento de conciliación no implicaba (en circunstancias normales), un retraso sustancial para el ejercicio de una acción judicial. Al configurarse un plazo de treinta días para la sustanciación de la conciliación las partes quedan facultadas para ejercitar la acción judicial aunque dicho procedimiento de conciliación no hubiese concluido. En tercer lugar, la prescripción se interrumpe durante el desarrollo del procedimiento. Y en cuarto y último lugar, que el procedimiento de conciliación ante el CORECOM (*Comitato regionale per le comunicazioni* como órgano administrativo con competencia atribuida para el conocimiento de dichas conciliaciones) no ocasionaba gastos, que tampoco resultaban significativos en los procedimientos de conciliación ante otros organismos. Vid. caso Alassini, puntos 54-57. Igualmente se planteó la controversia sobre la adecuación con el principio de efectividad para el supuesto de la conciliación electrónica para los particulares que no disponían de acceso a internet (p. 58 de Alassini), concluyéndose que tampoco se vulneraba el principio de efectividad si la vía electrónica no constituía el único medio de acceder al procedimiento de conciliación. Tal posicionamiento se ha reforzado en la reciente Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, caso Menini y Rampanelli. Vid. CABRERA MERCADO, R., «Voluntariedad y libre disposición como principios o características esenciales del procedimiento de mediación en España», en CABRERA MERCADO, R.: QUESADA LÓPEZ, P. M. y LÓPEZ PICÓ, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2018, p. 139.



procedimiento aspiraba a lograr una resolución más rápida y menos costosa de los litigios en materia de comunicaciones electrónicas, no resultando desproporcionado con respecto a sus objetivos perseguidos (pp. 64 y 65 de Alassini).

Por ello algunos autores sostienen que los conceptos de efectividad del Derecho europeo y tutela judicial efectiva del Derecho europeo son dos criterios conceptualmente y prácticamente muy diferentes<sup>254</sup>. El principio de efectividad buscaría asegurar un derecho subjetivo nacido en el Ordenamiento comunitario (extensible a todos los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial), mientras que el derecho a la tutela judicial efectiva tendería más bien a garantizar derechos de naturaleza procesal (en sede exclusivamente más jurisdiccional), lo que llevaría a contemplar al segundo como una especificación del primero. No en vano lo sería, en tanto que el primero tendría la consideración de principio (y por lo tanto criterio configurador del Ordenamiento jurídico en su conjunto) y el segundo de derecho, que afecta a una relación jurídica concreta. No obstante los mismos convergerían hasta casi identificarse en su contenido esencial –como igualmente sostenemos en el presente trabajo– cuando un derecho subjetivo nacido en el Ordenamiento comunitario deba (o solo pueda) alcanzarse a través del Derecho procesal nacional<sup>255</sup>.

Por ello algunos autores igualmente han apuntado que con el fin de garantizar el más alto nivel de protección para el titular de una situación jurídica derivada de Derecho comunitario, el principio de efectividad se refiere tanto al derecho fundamental a una protección judicial efectiva según el art. 47 CDFUE y al art. 19-1 2º, TUE, donde se exige a los Estados miembros que adopten los recursos judiciales adecuados para garantizar la protección jurisdiccional efectiva en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión<sup>256</sup>, lo que llevaría a considerar la obligación de establecimiento de cauces jurídicos adecuados para los Estados contenidas en el art. 47 CDFUE y del art. 19-1 2º, TUE como obligaciones de idéntico contenido. Otros hablan de “superposición” del

---

<sup>254</sup> De hecho algunos autores han referido que la expresión del art. 47 CDFUE ha querido llamar a la expresión alemana, relativa al derecho a un *wirksamer Rechtsbehelf*, produciendo un fino pero peligroso malentendido, como es que las fórmulas (efectividad y tutela judicial efectiva) se superponen (aun no debiendo) dando lugar a la polisemia consustancial de la figura. Vid. PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, “consumer welfare” e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d’insieme», cit., p. 815.

<sup>255</sup> CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 673. Algunos autores hacen una abstracción más abstracta, en base a la cual el principio de efectividad del Derecho de la Unión viene necesitado de un instrumento nacional que puede ser procesal o no. Vid. CARANTA, R., «Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare», cit., p. 1897. CHITI a su vez entiende, en la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia, que la efectividad de la tutela del Derecho europeo se entiende como tutela judicial efectiva y satisfactoria, vid. CHITI, M., «L’effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario», cit., p. 504.

<sup>256</sup> MAK, C., «Rights and Remedies - Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters», *Amsterdam Law School Research Paper*, vol. 88, 2012, p. 5 y PALMA, G., «Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2016, p. 1151.

principio de efectividad con los requisitos derivados del art. 47 CDFUE<sup>257</sup>. En este planteamiento, se afirma que el TJUE lo que hace es detectar e individualizar el derecho o principio general de la efectividad de la tutela, y mediante un uso alternativo de la cuestión prejudicial abre camino para intervenir con sus propias elaboraciones en los respectivos ordenamientos procesales internos<sup>258</sup>. De este modo, diseñaría un tipo propio de tutela o técnica de tutela<sup>259</sup>.

Este debate en adquiere especial relevancia en la discusión jurídica actual. El Abogado General Maciej Szpunar, en las conclusiones de 11 de noviembre de 2015 al caso *Finanmadrid* (asunto C-49/14) se plantea esta cuestión en la conclusión nº 85. A su juicio observaba que el TJUE aún no había tenido la ocasión de esclarecer la forma en que se articulan las exigencias del artículo 47 CDFUE y aquellas, muy similares, que derivaban de los principios de equivalencia y de efectividad. El Abogado Szpunar incluso llega a considerar que el principio de efectividad en particular se traduce también en el hecho de que se impone a los Estados miembros la obligación general de garantizar la tutela judicial de los derechos dimanantes del Derecho de la Unión, por lo que podría suscitarse la cuestión de saber si el artículo 47 de la Carta viene a añadirse al principio de efectividad o lo sustituye.

Incluso el Abogado Szpunar llega a sostener la idea de que el grado de tutela del principio de efectividad específico en materia de Derecho de consumo (al que nos referiremos en futuros epígrafes, denominado por el Abogado General como el “grado de tutela judicial de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores”) sería mayor incluso que el derivado del artículo 47 CDFUE para cualquier parte de un litigio civil que ataña al Derecho de la Unión (conclusión 90). Y se dan ejemplos en los que el ámbito de protección sería mayor sustentados por las observaciones de la Comisión<sup>260</sup>. Aun habiéndose planteado esta cuestión, el TJUE guardó silencio sobre la relación entre la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE y los principios de equivalencia y efectividad y su posible adición o sustitución<sup>261</sup>.

---

<sup>257</sup> BECH SERRAT, J. M., «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 1, 2018, p. 56, al hilo de la solución ofrecida por el TJUE al caso *Sánchez Morcillo I*.

<sup>258</sup> En este sentido sostiene la doctrina que la relación entre el sistema de cuestión prejudicial y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contribuiría en gran medida a mejorar efectividad y la integridad del Derecho de la Unión. Vid. BAQUERO CRUZ, J., *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 84-85.

<sup>259</sup> TROCKER, N., «Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia», *Europa e diritto privato*, vol. 2, 2010, p. 362 y ss.

<sup>260</sup> Así el art. 47 CDFUE no se opone de forma general a que un órgano no jurisdiccional dicte ciertas resoluciones pertenecientes al ejercicio de la función judicial. Además, el derecho a un juez reconocido en el artículo 47 no incluye, como tal, la necesidad de que un órgano jurisdiccional proceda a un examen de oficio para salvaguardar los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a las partes. Y la exigencia del control de oficio es una particularidad de los litigios caracterizados por la existencia de un desequilibrio entre las partes. Además esa exigencia puede venir delimitada por la necesidad de garantizar la protección del consumidor establecida en el artículo 6 de la Directiva 93/13 (Conclusiones 91 y 92 del Abogado General a *Finanmadrid*).

<sup>261</sup> GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*,

De las valoraciones del Abogado General Szpunar en sus conclusiones en el caso *Finanmadrid* puede entreverse una muy interesante interpretación: el principio de efectividad incluye una obligación general de garantizar la tutela judicial de los derechos dimanantes del Derecho de la Unión, que puede llegar a idealizarse o concebirse como autónoma respecto al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE (y máxime teniendo en cuenta que la jurisprudencia en la que se sostiene la tutela judicial conforme al principio de efectividad surge en la década de 1970, mientras que el Derecho fundamental de la CDFUE surge en la década de 2000). En tal sentido nos inclinamos por la tesis de la adición, pues aun teniendo contenidos similares el principio de efectividad puede adquirir diferentes dimensiones de protección en función del ámbito concreto que se protege con la norma europea (si se trata de una norma de orden o interés público comunitario o no). Y al no haberse deslindado por el propio TJUE y continuar en su aplicación de forma concreta en ámbitos específicos, entendemos que el principio de efectividad goza de su identidad y contenidos propios, a pesar de las múltiples denominaciones.

Por la anterior razón entendemos que no puede interpretarse el principio de efectividad como una mera manifestación general del derecho de tutela judicial efectiva, tal y como han hecho algunos autores<sup>262</sup>.

Y un argumento fundamental que sostiene la tesis de la adición en contra de la sustitución es que, si bien la CDFUE fue proclamada el 7 de diciembre de 2000 (reformada el 12 de diciembre de 2007, reforma que no modifica el art. 47-1 CDFUE) el Tratado de Lisboa en el que se establece el art. 19-1 TUE (precepto que, como se ha visto, “cristaliza” el principio de efectividad fue firmado el 13 de diciembre de 2007. Por lo tanto en la *mens* del legislador comunitario no está el integrar el principio de efectividad del Derecho de la Unión en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (lo cual carecería de lógica jurídica), sino la convivencia de los mismos en sus distintos ámbitos de aplicación.

---

Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2018, p. 68.

<sup>262</sup> Y en concreto TRSTENJAK, V. Y OTROS, «European Consumer Protection Law: curia semper dabit remedium?», cit., p. 98, quien considera que el principio general de tutela judicial efectiva se ha consagrado en los arts. 6 y 13 del CEDH, así como en el artículo 47 de la CDFUE (cuestión que no discutimos) y que ahora se ha reafirmado en el artículo 19 (1) del TUE. En ningún modo entendemos que esta reafirmación constituya una suplantación, dada su proyección y sustantividad adquiridos con anterioridad. En igual sentido se pronuncia PERNICE, I., «The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU», cit., p. 382, al sostener que ninguna institución en Europa se ha tomado tan en serio la efectividad de los cauces jurídicos y la defensa de los derechos y libertades que establece el Derecho de la Unión como el TJUE, en su papel original del art. 19-1 TUE y ahora con el art. 47 CDFUE (apuntando el posterior complemento de la segunda norma). El mismo autor aclara que el TJUE y los tribunales nacionales están vinculados por el art. 47 CDFUE para asegurar la eficacia de los cauces jurídicos, pero ante todo el art. 19-1 TEU obliga especialmente, en el nivel de los órganos jurisdiccionales internos, a asegurar la efectividad del Derecho de la Unión y su protección a todos los individuos (p. 393). Igualmente, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 450, quien considera que los principios de equivalencia y efectividad son una concreción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, si bien admite que la tendencia jurisprudencial más reciente se inclina por lo contrario, circunscribiéndose los principios de equivalencia y efectividad a áreas diferentes en base a la evolución y origen de dichos principios.

De este modo entendemos el derecho del art. 47-1 CDFUE como una adición o complemento a la efectividad de la tutela del Derecho europeo, entendida esta como parte del contenido del principio de efectividad como ha plasmado la jurisprudencia tradicional y constante del TJUE desde la Sentencia Rewe hasta la actualidad. Como derecho subjetivo, el contenido en el art. 47-1 CDFUE supone la concreción del principio de tutela judicial efectiva a una relación jurídica concreta. En esta relación jurídica<sup>263</sup> el sujeto de la obligación sería el órgano del Estado miembro encargado de garantizar la aplicación de los derechos o libertades de la Unión y el titular el particular beneficiado de los mismos.

Por ello no faltan teorías que pasarían a englobar un concepto conjunto, contemplando el principio de efectividad como la simbiosis de dos principios que adquieren conjuntamente el objetivo de garantizar la efectividad de la norma de la Unión: por un lado la profundización del principio de eficacia directa del derecho comunitario (en el ordenamiento interno), y por otro el de primacía (respecto del ordenamiento interno). De estos dos principios (eficacia directa y primacía) la efectividad constituiría igualmente un prerequisite. Ahí se incluiría lo que la doctrina ha denominado “efectividad de la norma del Derecho de la Unión”, “efecto útil del efecto directo” o “efectividad de la tutela judicial” como estándar cualitativo de tutela que el juez nacional debe garantizar ante una situación jurídicamente protegida por el Derecho europeo. Bajo este planteamiento, el derecho a un “recurso efectivo” o un cauce jurídico efectivo sería una exigencia, estándar o manifestación del principio de efectividad que tanto el Ordenamiento como el juez nacional deben garantizar en cada situación jurídica en la que la *causa petendi* sea el Derecho de la Unión<sup>264</sup>. Consideramos este planteamiento muy útil a la hora de enunciar un concepto unificado de principio de efectividad, en el que a pesar de las múltiples denominaciones se reconduce a la misma idea fuerza, pero insuficiente en relación a la ausencia de toma en consideración de la naturaleza y fundamentos jurídicos de los mismos.

La etimología va variando. Se pasa de efectividad a la tutela jurisdiccional o tutela judicial efectiva, pero no habría diferencia en la lógica de los conceptos, ya que se basan en el mismo principio de efectividad: En la necesidad de orientar, limitar la aplicación o desaplicar las normas nacionales sustantivas y procesales que puedan impedir o dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos previstos en las normas comunitarias. Por lo tanto el derecho (o principio, según algunos autores que citamos) de eficacia en la protección judicial o tutela judicial efectiva según el cual las personas tienen derecho a obtener, ante el órgano jurisdiccional nacional, los cauces jurídicos efectivos frente a las normas nacionales que impidan o sean contrarias al Derecho comunitario sería solo un aspecto del principio eficacia de la legislación comunitaria<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Siguiendo el esquema de CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, comun y foral. Tomo primero, introducción y parte general. Volumen Segundo*, cit., pp. 12-13.

<sup>264</sup> PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 2-6.

<sup>265</sup> Y así lo concreta igualmente CHITI, E., «Misure cautelari positive ed effettività del Diritto comunitario», *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 4, 1996, edición digital. Aun destacando esta idea

Otros autores han manifestado que la relación entre el principio de efectividad y la tutela judicial efectiva se trataría de una vinculación compleja por tener contenidos y fines distintos, pero que en cualquier caso no parece aclarada de forma suficiente por el TJUE<sup>266</sup>.

De hecho, como enuncia la famosa y ya citada Sentencia Simmenthal (C-106/77), las disposiciones normativas o prácticas provenientes de los Ordenamientos internos serían en los planos legislativos, administrativos o judicial, siempre que

---

dicho autor considera más correcto considerar estos dos principios (efectividad y tutela judicial efectiva o efectividad de la tutela judicial) como distintos. El punto clave sería que, si bien el principio de eficacia del Derecho comunitario es un corolario del principio de supremacía del Derecho comunitario, esto no siempre sucede respecto al principio de tutela judicial efectiva. Y es que aunque existen casos en que los dos principios funcionan en armonía entre sí, es decir, en que la protección individual (ejercicio judicial individual) del Derecho europeo es facilitada o al menos no obstaculizada los aspectos esenciales de la eficacia del Derecho comunitario; existen otros casos en los que la protección individual pone en peligro la plena efectividad del Derecho comunitario, es decir, en los que un recurso o cauce jurídico opera de manera tal que pone en peligro la plena efectividad del Derecho comunitario. Tal sería el supuesto de la Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 1995, asunto C-465/93, caso Atlanta. En el mismo las partes planteaban al órgano jurisdiccional la concesión de una medida positiva que hacía provisionalmente inaplicable un Reglamento comunitario. En este sentido el TJUE declara que el Derecho comunitario no excluía unas medidas cautelares adoptadas respecto a un acto administrativo nacional basado en un Reglamento comunitario sobre cuya validez se había planteado una cuestión prejudicial (caso Atlanta, p. 30). En el caso Atlanta, junto con el ya aludido Zuckerfabrik (C-143/88) ciertamente constituyen pretensiones individuales cuya realización en virtud de la tutela judicial efectiva pueden poner en peligro la plena efectividad del Derecho de la Unión (en Zuckerfabrik la ejecución de un acto administrativo nacional basado en un Reglamento n° 1914/87, que establecía una liquidación a los productores por pérdidas por restituciones a la exportación de la producción europea de azúcar, y en Atlanta la validez del Reglamento n° 404/93, que establecía la organización común de mercados en el sector del plátano). Y ciertamente la posible adopción de medidas cautelares de suspensión podría poner en peligro la aplicación uniforme del Derecho de la Unión (presupuesto básico del principio de efectividad). En suma se diferenciaría la aplicación del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros y las instituciones comunitarias (por una parte), y la protección individual (por otra). No obstante, nuestra posición sigue siendo la misma. Aun reconociendo el criterio diferenciador de CHITTI sobre el conflicto de intereses entre la pretensión individual y la efectividad de la norma europea, entendemos que los conceptos de efectividad y efectividad de la tutela judicial siguen siendo sustancialmente idénticos. Y es que si se intenta impugnar la validez de una norma europea porque se considere que una norma europea u acto normativo de la instituciones vulnera los tratados de la UE o los derechos fundamentales del CDFUE a través del recurso de anulación (art. 263 TFUE) o los tribunales plantean una interpretación por medio de una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), en última instancia se estaría buscando la efectividad del Derecho europeo revestido de validez desde una perspectiva nomofiláctica. Y en ese sentido los Estados tampoco podrían establecer barreras ni impedimentos para, a partir de la pretensión individual, perseguir la válida aplicación del Derecho de la Unión susceptible de ser efectivo, pues no en vano las bases jurídicas que establecen los recursos de anulación y la cuestión prejudicial en la que pueden satisfacerse las pretensiones individuales pueden ser amparados bajo el prisma de la efectividad del Derecho de la Unión. Para ello nos sostenemos en la doctrina del Tribunal en la ya comentada Sentencia Kadi (C-402/05 P): en el control de legalidad que corresponde ejercer al Tribunal de Justicia (en el caso concreto desde el punto de vista de los derechos fundamentales) sobre los actos comunitarios ni los Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado CE en el que se establece un sistema completo de vías de recurso (o cauces jurídicos) y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones (p. 81 de Kadi) debe observarse el respeto del principio de tutela judicial efectiva (p. 343 de Kadi) y por lo tanto se conduciría a la anulación del acto normativo comunitario correspondiente (p. 353 de Kadi), que en el caso Kadi se trataba de la anulación parcial del Reglamento n° 881/2002.

<sup>266</sup> LACABA SÁNCHEZ, F., «El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria», *Revista de Derecho vLex*, 166, 2018, edición digital, y HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», cit., p. 402.

redujese la eficacia del Derecho comunitario (p. 20 de Simmenthal). Las disposiciones judiciales (o procesales) quedarían igualmente incluidas –y no excluidas– en el enunciado general del principio de efectividad.

Dicho de otro modo: el principio de efectividad coincidiría en su contenido protector con el derecho de tutela judicial efectiva del Derecho europeo cuando el canal en el que el derecho subjetivo de la Unión hubiese de plasmarse fuese un cauce jurídico jurisdiccional o no jurisdiccional, pero en todo caso de naturaleza jurídico-procesal. Tal sería el presupuesto básico de *Factortame I* (C-213/89), en el que se pretende hacer valer un Derecho subjetivo europeo en un Ordenamiento procesal interno que eventualmente puede llegar a constituir barreras procesales (al impedirle adoptar una medida cautelar contra el Gobierno, aún en perjuicio de lo dispuesto en el Derecho europeo)<sup>267</sup>. Por ello algunos autores han destacado que el principio de tutela judicial efectiva comunitario es sólo una característica o rasgo de la obligación general impuesta a los Estados miembros por la exigencia del principio de efectividad<sup>268</sup> (postura que entendemos apropiada). E incluso que la efectividad no puede someterse a una lectura reductiva, sino que debe apuntarse un concepto unitario de protección<sup>269</sup>.

Tal circunstancia ocurrirá en la mayor parte de supuestos llevados ante el TJUE, por lo que su integración automática es reconocida por el propio órgano en casos como *Alassini*, donde se cuestiona la compatibilidad de un proceso nacional de conciliación con el Derecho de la Unión y la correspondiente puesta en peligro del acceso a un cauce jurídico o no.

Lo anteriormente expuesto nos sirve para confirmar nuestra conclusión preliminar: el principio de efectividad de la Unión Europea debe diferenciarse del Derecho fundamental del art. 47-1 CDFUE, entendiéndose este precepto como un aditivo al contenido y protección que ofrece el principio de efectividad definido por la doctrina del TJUE. Ahora bien, entendemos que dentro del principio de efectividad la tutela judicial efectiva del Derecho europeo -que se erige como obligación dirigida a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros- no puede diferenciarse la comentada “tutela judicial efectiva” respecto la “efectividad de la tutela judicial” o la genérica

---

<sup>267</sup> Siempre nos referimos a la disposición de una supervisión común para todos los órganos jurisdiccionales nacionales en los casos en los que se aplica el Derecho comunitario (con independencia de si las partes pretenden anularlo conforme a los Tratados u los Derechos de la CDFUE o aplicarlo). Como se ha comentado en la anterior nota, doctrinalmente se distingue entre el supuesto de *Factortame I*, en el que el principio de eficacia de la protección judicial es absolutamente compatible con el principio de eficacia del Derecho comunitario, y las de *Atlanta* y *Zuckerfabrik* donde se “amenaza” la efectividad del Derecho comunitario (que nosotros no entendemos así). Vid. CHITI, E., «Misure cautelari positive ed effettività del Diritto comunitario», cit., edición digital.

<sup>268</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 388. En interpretación de este autor otros han señalado que la efectividad se concebiría como un concepto global de contenido más amplio que garantizaría el efecto útil de los Derechos sustantivos de la Unión y en el cual se incluye, como una de sus manifestaciones, el derecho a la tutela judicial efectiva. Vid. HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», cit., p. 408.

<sup>269</sup> COMOGLIO, L. P., «L'effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, p. 482.

necesidad de respetar la efectividad del Derecho europeo, por dos razones. Primero, por la casi identidad de las obligaciones de los Estados miembros. Y segundo, por ser una manifestación de las exigencias que impone el principio de efectividad del Derecho de la Unión.

En síntesis, el principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva interseccionan y comparten parte de su contenido de protección. Coinciden en lo descrito por el TJUE en el p. 17 de la Sentencia de 15 de mayo de 1986 (caso Johnston): los Estados miembros están obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo y aplicación del Derecho de la Unión y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales. Añadimos que esta invocación efectiva debe redundar en la no obstaculización, ni por la legislación procesal ni por la actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales, de la invocación o aplicación del Derecho de la Unión.

Pero en cualquier caso, y como hemos detallado en la conceptualización general, el principio de efectividad posee un ámbito de aplicación más amplio, que no se limita a las regulaciones procesales internas para la satisfacción del Derecho europeo.

Pero en cualquier caso, diferenciamos al principio de efectividad del Derecho de la Unión del derecho a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión. Uno se trata de un principio, y otro de un derecho subjetivo consagrado en la CDFUE. La relación entre los mismos debe ser de adición o complemento dada la similitud del contenido de protección, y en ningún modo de sustitución.

#### IV. CONTENIDO Y EFECTOS DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.

Una vez desentrañado el debate sobre la diferenciación conceptual, y partiendo de la base de la protección que más arriba detallamos, el contenido y los efectos del principio de efectividad del Derecho de la Unión puede adquirir diferentes dimensiones. La doctrina entiende que seccionando la garantía contenida en el art. 47-1 de la CDFUE, si se lee como la concretización del art. 19-1 TUE, se llega a un efecto: y es que la vaguedad conceptual se disuelve dando lugar a diferentes dimensiones que dan forma al concepto de protección jurisdiccional del Derecho de la Unión. Se llega a un significado mínimo, a “efectividad subjetiva” del acceso a los Tribunales de Justicia, es decir la posibilidad concreta de actuar ante los tribunales. Igualmente se enuncia la existencia de una “efectividad cualitativa”, en el sentido de una protección que no está intercalada con límites, barreras o preclusiones procesales que empañan o atenúan el resultado. E igualmente se destaca la existencia de una “efectividad objetiva”, es decir, que ante la

existencia de una barrera procesal del Derecho nacional debe corresponderse el otorgamiento de un cauce jurídico para restaurar tal situación<sup>270</sup>.

A diferencia del principio de equivalencia, la contravención del principio de efectividad produce a resultados diferentes. Mientras que la violación del principio de equivalencia implica tramitar el derecho bajo las disposiciones procesales que ya se encuentran en el sistema legal para la protección de posiciones legales similares previstas por el derecho interno, la violación del principio de efectividad requiere al juez nacional un esfuerzo superior en cuanto a su ajuste<sup>271</sup>. El principio de efectividad puede implicar una interpretación coherente de las normas procesales nacionales, o llevar la inaplicación del derecho procesal interno, e incluso hasta imponer la creación de una nueva norma o conducta procesal para proporcionar la protección judicial adecuada del derecho europeo reclamado<sup>272</sup>. Y mientras que la interpretación conforme implica elegir de entre las múltiples opciones interpretativas la más respetuosa con el Derecho de la Unión (lo que supondría una intromisión mínima o casi inexistente en la disciplina del Derecho procesal<sup>273</sup>) la inaplicación y creación de una nueva norma sí que suponen conductas más invasivas en lo que respecta a los Derechos procesales internos.

Destacamos las consecuencias de la aplicación de tal principio, de tal calado e impacto para el tradicional sistema de fuentes del derecho. Como resaltan algunos autores, una resolución del TJUE puede llegar a surtir efectos similares a una resolución del Tribunal Constitucional por el que se declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, o al propio legislador en su función de derogarlas o modificarlas expresamente<sup>274</sup>.

La razón de tal poderoso impacto condicionado por el TJUE viene dado por el funcionamiento del mercado interior. En el marco del tercer pilar<sup>275</sup> (relativo a la

---

<sup>270</sup> PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, “consumer welfare” e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d’insieme», cit., p. 815.

<sup>271</sup> De hecho, como pone de relieve la doctrina, el alcance del principio de efectividad es de mayor amplitud, siendo la jurisprudencia sobre el mismo significativamente más abundante que la dictada sobre el principio de equivalencia. Vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 444.

<sup>272</sup> CARRATTA, A., «Libertà fondamentali del Trattato dell’Unione Europea e processo civile», cit., p. 1406.

<sup>273</sup> Como destaca SANCHO GARGALLO, I., «Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», *Annals de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, vol. 5, p. 390, para cumplir con la exigencia de la tutela de los consumidores (en relación a la especial aplicación del principio de efectividad al Derecho de consumo), no es necesario esperar que se reforme la ley procesal, debe ser el juez quien acomode el trámite procesal para hacer efectiva esa tutela, respetando las mínimas garantías procesales de audiencia y contradicción.

<sup>274</sup> VELA TORRES, P. J., «Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial», *Revista de Estudios Jurídicos*, vol. 18, 2018, fecha de consulta en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/4497/3690>, p. 30.

<sup>275</sup> «El Tratado de Maastricht confirió ciertas competencias a la Unión creada por el mismo, las cuales se clasifican en tres grandes grupos conocidos comúnmente como «pilares»: el primer pilar estaba formado por las Comunidades Europeas, en el marco de las que las instituciones comunitarias ejercían, en los ámbitos regulados por el Tratado, las competencias que habían sido objeto de una transferencia de soberanía por parte de los Estados miembros; el segundo pilar estaba formado por la política exterior y de seguridad común prevista en el título V del Tratado; el tercer pilar estaba constituido por la cooperación



cooperación judicial en materia civil), el Tribunal de Justicia emitió en mayo de 1995 el informe sobre varios aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea<sup>276</sup> en vistas a la Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG 96), encargada de la revisión del Tratado<sup>277</sup>, en el que puso de relieve la importancia del principio de efectividad para el funcionamiento de la Unión Europea. En dicho Informe de 1995 el Tribunal de Justicia destacó que el sistema de cuestiones prejudiciales constituye la verdadera piedra angular del funcionamiento del mercado interior, ya que desempeña un papel fundamental para garantizar que la ley establecida por los Tratados conserve su carácter comunitario con el fin de garantizar que esa ley tenga el mismo efecto en todas las circunstancias y en todos los Estados miembros de la Unión Europea<sup>278</sup>. En ese escenario cualquier debilitamiento, aunque fuese solo potencial, de la aplicación e interpretación uniformes del Derecho comunitario en toda la Unión podría dar lugar a distorsiones de la libre competencia y discriminación entre operadores económicos, poniendo en peligro la igualdad de oportunidades entre esos operadores y, en consecuencia, el correcto funcionamiento del mercado interior (epígrafe III, *Posible revisión de las disposiciones relativas al sistema judicial*, p. 11)<sup>279</sup>, lo que se ha esgrimido como claro argumento a favor del llamado principio de efectividad<sup>280</sup>.

Respecto al órgano competente para la aplicación de este principio la doctrina ha señalado un sistema doble. En primer lugar intervendría el juez nacional, como juez comunitario el que aplicase la norma comunitaria en el proceso nacional, atendiendo y aplicando el principio de efectividad que estamos estudiando (al igual que el de equivalencia). Sólo en aquellos casos en los que se dude de si la interpretación que realiza es o no conforme con el Derecho de la Unión se plantearía una cuestión

---

en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior prevista en el título VI del Tratado”. Vid. NOVAK, P., *Fichas técnicas sobre la Unión Europea-2018 Los Tratados de Maastricht y Ámsterdam*, 2018, fecha de consulta 18 octubre 2018, en [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.1.3.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.3.pdf), p. 1.

<sup>276</sup> «REPORT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (LUXEMBOURG, MAY 1995)», 2013, CVCE.EU by UNILU, fecha de consulta 4 junio 2018, en [https://www.cvce.eu/obj/report\\_of\\_the\\_court\\_of\\_justice\\_of\\_the\\_european\\_communities\\_luxembourg\\_may\\_1995-en-3644862f-2e8f-4170-9616-e573a41b61c5.html](https://www.cvce.eu/obj/report_of_the_court_of_justice_of_the_european_communities_luxembourg_may_1995-en-3644862f-2e8f-4170-9616-e573a41b61c5.html), edición online.

<sup>277</sup> Cuyas conclusiones pueden consultarse en SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG 96) - EU Law and Publications. Informe del grupo de reflexión y otras referencias documentales», 1995, fecha de consulta 4 junio 2018, en <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/eca47994-fd0b-4c95-8303-ad3544db2ad5/language-es>, edición online.

<sup>278</sup> La aplicación coherente de la legislación europea en todo el territorio de la Unión se admite como un revulsivo del mercado interior, en el sentido que permite que todos los ciudadanos de la Unión tengan los mismos derechos y obligaciones, pero también los mismos costes y beneficios. Vid. ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 380.

<sup>279</sup> Vid. DASHWOOD, A. Y JOHNSTON, A., *The Future of the Judicial System of the European Union*, 1, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 134-135, quienes reproducen esta conclusión del informe del Tribunal de Justicia de 1996. De hecho añaden otro argumento tendente a la efectividad, como es lo desaconsejable de privar a determinados tribunales y juzgados de la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial, lo que sería a juicio de los autores desaconsejable incluso desde el punto de vista del principio de economía procesal.

<sup>280</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 379, quienes afirman que el buen funcionamiento de la Comunidad se basa en la aplicación efectiva y coherente de sus normas.

prejudicial ante el TJUE<sup>281</sup>. De este modo se concibe una intervención vicarial del TJUE, a expensas de las dudas sobre la aplicación o no del principio de efectividad<sup>282</sup>. No en vano, salvo casos de que la doctrina jurisprudencial del TJUE se encuentre muy consolidada en una materia muy concreta, es previsible el planteamiento de dudas de interpretación por las partes del proceso.

De forma esencial y sintética, se ha señalado que todos los requisitos básicos para la aplicación del Derecho de la Unión pueden agruparse en torno a una única idea fundamental: la existencia de cauces jurídicos nacionales (recursos judiciales en la terminología traducida, como hemos aclarado en anteriores epígrafes) eficaces, es decir, que permitan la aplicación real del Derecho de la Unión y no la obstaculicen. Por su propia naturaleza, el Derecho comunitario requiere de una panoplia de procedimientos judiciales nacionales que puedan proporcionar a las partes una protección judicial efectiva<sup>283</sup>.

La efectividad puede verse conculcada o erosionada por dos tipos de obstáculos diferentes en el Ordenamiento interno de los estados: bien por una norma de origen sustantivo u procesal. Y dichos obstáculos específicos pueden no ser inmediatamente evidentes: puede venir de la mano del establecimiento de reglas de procedimiento, prácticas administrativas de las autoridades nacionales, o errores sistémicos en el establecimiento institucional de las autoridades encargadas de garantizar la adecuada aplicación del Derecho de la Unión<sup>284</sup>.

Doctrinalmente se ha definido, como principio general de la jurisprudencia del TJUE, que los tribunales nacionales deben proteger los Derechos comunitarios exigibles para proporcionar una respuesta segura. Por ello, no basta sólo con contar con una disponibilidad de meros cauces jurídicos en los Ordenamientos procesales internos que sean apropiados para garantizar una protección efectiva, sino que tal protección de los Derechos de la Unión debe ser inmediata<sup>285</sup>. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal de

<sup>281</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 60.

<sup>282</sup> Algunos autores plantean expresamente que el art. 19-1 -y el principio de efectividad por extensión- obligarían al juez nacional a plantear la cuestión prejudicial cuando la aplicación del Derecho de la Unión estuviese en juego. Vid. PERNICE, I., «The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU», cit., p. 394.

<sup>283</sup> KOVAR, R., «Voes de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire», en *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit europeen*, Fleurus, Institut d'Etudes europeennes, Université Libre de Bruxelles. Larcier., 1978, p. 247. Igualmente, BARAV, A., «Enforcement of community rights in the national courts: the case for jurisdiction to grant an interim relief», cit., p. 389.

<sup>284</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 376.

<sup>285</sup> En la tramitación interna del asunto principal que dio lugar a la Sentencia Factortame, la Cámara de los Lores británica a la vez que planteó la cuestión prejudicial aplicó el principio de presunción de conformidad de la norma interna con el Derecho comunitario, en base al cual una norma o estatuto permanece inviolable a menos o hasta que se demuestre que es incompatible con el Derecho de la Unión. De este modo, la opinión primigenia de la Cámara de los Lores, enmendada en la sentencia Factortame, se sustentaba en el hecho de que, hasta que se pronunciase el Tribunal de Justicia los tribunales internos ingleses no podrían, por ejemplo otorgar la medida cautelar solicitada por las partes en contraposición con la legislación nacional inglesa. Para el debate interno en el Derecho británico vid. BARAV, A.,

Justicia de 19 de diciembre de 1968, asunto C-13/68, caso Salgoil, declaró que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea obliga a las autoridades y Órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a salvaguardar los intereses de los justiciables de frente a posibles violaciones de dichos preceptos. Por ello debe garantizarse una protección directa e inmediata de sus intereses, con independencia de la relación existente en Derecho interno entre dichos intereses y el interés público al que se refiere la cuestión (p. 2 de Salgoil)<sup>286</sup>. Tal punto de vista se reforzó en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1985, asunto C-179/84, caso Bozzetti (p. 17) al asegurar la responsabilidad de los Estados miembros de garantizar, en todo caso, la protección efectiva (o efectividad) de los Derechos de la Unión.

Como hemos comentado anteriormente hemos de remontarnos a la Sentencia Rewe (asunto C-33/76), que enuncia el comentado principio en el sentido que las modalidades y plazos procesales nacionales no pueden hacer en la práctica imposible el ejercicio de derechos subjetivos europeos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar<sup>287</sup>. En ese sentido, los órganos nacionales de los Estados pueden apoyarse en el principio de seguridad jurídica<sup>288</sup> para sustentar, por ejemplo, el establecimiento de plazos razonables para ejercer la acción pretendida sin lesionarse el principio de efectividad (Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2000, asunto C-78/98, Caso Shirley Preston y otras, p. 67).

De este modo puede comprobarse como el principio de efectividad no solo se refiere a una igualdad de trato entre la forma de aplicar o ejecutar el Derecho europeo y el nacional (lo que constituye el elemento diferenciador con el principio de equivalencia<sup>289</sup>), sino también y sobre todo en la calidad de la protección o tutela judicial. Lo que se exige es que la protección del Derecho comunitario deba de ser adecuada. En ese sentido no basta con que el Estado miembro se abstenga de evitar que las normas procesales nacionales supriman o repriman el ejercicio de los Derechos de la Unión. Existe un deber positivo de garantizar la aplicación y la eficacia del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico nacional, que incluye la obligación de

---

«Enforcement of community rights in the national courts: the case for jurisdiction to grant an interim relief», cit., pp. 375-376.

<sup>286</sup> *Ibid.*, pp. 372-373.

<sup>287</sup> Puede incluirse en esta misma línea la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de julio de 1997 (asunto C-261/95 - Palmisani/INPS), considerandos 27-28.

<sup>288</sup> Algunos autores han sostenido que el principio de efectividad no tiene por qué lesionar la seguridad jurídica (entendida como un principio del Derecho comunitario, basado en una tradición jurídica común de los Estados miembros), y por lo tanto a modo ejemplificativo una decisión no apelada conforme a los plazos nacionales sería compatible con el principio de efectividad incluso si restringe por completo el Derecho comunitario. Ahora bien, se establecen criterios para determinar si un plazo nacional es "razonable" dependiendo de si las partes afectadas por la decisión tenían una posibilidad genuina de formular alegaciones basadas en el derecho comunitario de haberse presentado (como sustento del principio de efectividad). Vid. WATTEL, P., «National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law: Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages?», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 35, 2, 2008, pp. 110-111.

<sup>289</sup> Como aclara la doctrina, la aplicación del principio de efectividad se produce ante normas procesales nacionales aplicables indistintamente a titulares de derechos europeos y nacionales. Vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 444.

proporcionar a los ciudadanos una protección jurídica efectiva si se infringen sus Derechos comunitarios. El Derecho interno se tornaría insuficiente a la luz del Derecho comunitario en un asunto que debe resolver el órgano jurisdiccional del Estado miembro<sup>290</sup>.

A la hora de entrar a valorar la configuración del principio de efectividad, la doctrina ha perfilado que en realidad puede interpretarse como una obligación de resultado que vincula a las autoridades legislativas de los Estados miembros, sin perjuicio de que las autoridades judiciales puedan elegir la forma o los medios, y que podría apoyar la base de que las normas procesales puedan ser no sólo interpretadas, sino además modificadas y ser sustituidas por otras que garanticen la plena eficacia del Derecho europeo sustantivo<sup>291</sup>.

Como principio general de la Unión Europea que encarna un valor primordial de la Unión el principio de efectividad tendría incluidas dos funciones interconectadas entre sí según la doctrina: por un lado proporcionar una fuente del derecho suplementaria, y por otro representar una guía interpretativa y aplicativa (lo que se vincula con sus efectos, que se comentarán en el presente punto) para el Derecho de la Unión y los propios Derechos nacionales domésticos<sup>292</sup>.

Es así que el principio de efectividad, acompasado del efecto directo del Derecho europeo, conlleva la inaplicación de normas procesales nacionales incompatibles con el Derecho comunitario (como se ha visto en los casos *Simmenthal*, C-106/77 y *Factortame*, C-213/89)<sup>293</sup>. La aplicación del principio de efectividad puede conllevar la eliminación de aquellos obstáculos que impidan la entrada en vigor y el mantenimiento de un mercado único; pero no obstante la inaplicación de normas procesales nacionales no conduce por sí misma a la aplicación homogénea del Derecho comunitario, ya que sólo se limitaría a restringir la aplicación de normas nacionales incompatibles con disposiciones del Derecho comunitario directamente efectivas. Pero ello no supondría una armonización de las normas jurídicas nacionales, como bien hemos diferenciado en anteriores epígrafes. Como advierte la doctrina, la necesidad de una tutela jurídica armonizada en lo que se refiere a la protección de los derechos comunitarios subjetivos básicos, siendo éstos uniformes en toda la Unión, debería ser

---

<sup>290</sup> ACCETTO, M. Y OTROS, «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», cit., p. 389.

<sup>291</sup> GALETTA, D.-U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit., p. 22. En igual sentido se pronuncia LACABA SÁNCHEZ, F., «El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria», cit., edición digital, quien sostiene que dicha obligación de resultado que acarrearía el principio de efectividad es trasladada del propio TJUE a los tribunales nacionales, que en las especialidades propias de Derecho europeo de consumo comportaría igualmente la atribución de funciones para apreciar de oficio el carácter abusivo de cláusulas. Igualmente HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», cit., p. 402.

<sup>292</sup> ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 50.

<sup>293</sup> LENAERTS, K.; MASELIS, I. Y GUTMAN, K., *EU Procedural law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 130.

inherente al concepto de uniformidad. Por ello, a falta de una tutela jurídica armonizada insuficiente, no pueden garantizarse derechos uniformes en toda la Unión Europea<sup>294</sup>. La razón es que, si bien el control del TJUE puede asegurar un mínimo al interpretar la posible oposición de una norma procesal interna con el Derecho de la Unión, no puede conminar ni al legislador ni al juez nacional a adoptar un cauce jurídico específico.

Un ejemplo es la Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2000, asunto C-443/98, caso Unilever. En el mismo se declara la incumbencia del juez nacional para negarse a aplicar una normativa interna adoptada durante un periodo de aplazamiento de la Directiva 83/189 (con la consiguiente obstrucción a la aplicación de la misma), en el marco de un proceso civil entre particulares sobre derechos y obligaciones contractuales.

Así, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991 (asunto Francovich, asunto C-6/90) se destaca (p. 33) que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran acceso al contenido brindado por el derecho comunitario sustantivo (en el caso de referencia, la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro). Esta posibilidad de satisfacción del Derecho comunitario a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por lo tanto, los particulares no podrían, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario. La doctrina ha criticado la extrañeza de la sentencia Francovich, que asegura al particular un cauce jurídico para satisfacer la pretensión comunitaria aun en ausencia de un derecho regulado<sup>295</sup>. Como se señala en posteriores considerandos de la sentencia (p. 42) y hemos comentado anteriormente, a falta de una normativa comunitaria específica, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena

---

<sup>294</sup> VAN GERVEN, W., «Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?», cit., p. 690.

<sup>295</sup> CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 667. En el caso Francovich, en el que la naturaleza de la acción era la de responsabilidad de la Administración Pública por el resarcimiento de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento del Derecho de la Unión, permite plantear la posibilidad de que el cauce jurídico resarcitorio se traduce en una especie de "derecho al derecho" que surge en el Derecho de la Unión en favor de los individuos y cuyo desarrollo compete a los Estados miembros a través de la actividad legislativa. Por ello el presupuesto del cauce jurídico compensatorio diseñado en Francovich no se sostiene en la existencia de un derecho subyacente sustancial o procesal, sino en la inexistencia del mismo y el incumplimiento del establecimiento de dichos cauces por parte de la legislación estatal, en palabras del autor citado. Aun así se establecen límites: a pesar de la obligación de la regularización de los cauces procesales oportunos por los Ordenamientos de los Estados, las disposiciones legislativas internas no pueden llegar a producir una discriminación respecto de personas a las que el ordenamiento jurídico comunitario atribuye el derecho a la igualdad de trato, ni restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Sexta, de 20 de marzo de 1997, asunto C-323/95. caso Hayes/Kronenberger, p.13)

protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario<sup>296</sup>.

De este modo, para saber qué cauce jurídico es el adecuado y hasta qué punto se extendería hay que atender al contenido del Derecho comunitario específico que los cauces pretenden asegurar o salvaguardar, ya que los mismos podrán variar en función del contenido, siempre teniendo en cuenta ese “fin último de resultado” que sería la propia efectividad del mismo. Y respecto al mismo contenido de dichos derechos comunitarios específicos correspondería al TJUE determinar las condiciones previas que hacen que el cauce jurídico sea apto para garantizar la plena eficacia de las normas comunitarias en cuestión, incluida la uniformidad de su aplicación en toda la Unión<sup>297</sup>.

De cualquier modo, la consecuencia o efectos de la apreciación de la posible conculcación del principio de efectividad a través de una norma procesal interna sería la integración de dicha norma nacional (entendemos que a través de la vía interpretativa<sup>298</sup>) o su modificación en el caso de que no permitiese su integración. Esto se lograría de dos modos: por un lado simplemente reinterpretando o desaplicando la norma o mecanismo procesal interna correspondiente. Y por otro, creando cauces jurídicos o “*remedies*” no regulados en el ordenamiento procesal correspondiente (como se acometió en *Factortame I*, permitiéndose adoptar una medida cautelar contra el gobierno británico) en lo que se ha denominado *contra legem nationalis*<sup>299</sup>.

La doctrina sobre la inaplicación de las normas procesales nacionales a causa de la efectividad del Derecho comunitario ha ido mutando. Como señala la doctrina, en una primera etapa (en la que se incluyen las sentencias referidas en este epígrafe, al igual que la sentencia *Peterbroeck* que se comentará más abajo) la norma procesal nacional se dejaba sin aplicación si constituía un obstáculo o barrera para el Derecho comunitario. Es decir, si la norma procesal nacional impedía alegar el Derecho de la Unión, plantear una cuestión prejudicial o asegurar la eficacia del proceso nacional con medidas cautelares del mismo (prefiriéndose la suspensión) a la espera de que el TJUE respondiese a la cuestión prejudicial planteada. No obstante, en una segunda etapa el TJUE procedió a la inaplicación de la norma procesal nacional en aquellos casos en los que la norma de derecho interno impidiese la efectividad de una norma de Derecho

---

<sup>296</sup> Sentencias de 22 de enero de 1976, *Russo*, 60/75., p. 45; de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, 33/76., p. 1989, y de 7 de julio de 1981, *Rewe II*, 158/80, p. 1805.

<sup>297</sup> VAN GERVEN, W., «Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?», cit., p. 693.

<sup>298</sup> Y así lo entiende igualmente LENAERTS, K. Y OTROS, *EU Procedural law*, cit., p. 131, al entender que el principio de efectividad obliga igualmente a la interpretación conforme.

<sup>299</sup> MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», cit., p. 1181; o IADICICCO, M. P., «Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 1, 2011, p. 440.

comunitario que tuviese carácter esencial para el funcionamiento de la Unión, o rango de orden público comunitario<sup>300</sup>.

El TJUE parece haber reconsiderado su jurisprudencia sobre las normas procesales nacionales. En varios procedimientos, ha identificado y desarrollado nuevos estándares para los procedimientos nacionales, que requieren expresamente que los legisladores o jueces nacionales modifiquen o incluso transformen las normas procesales nacionales. De hecho las mismas sentencias del TJUE han provocado reformas y adaptaciones legislativas<sup>301</sup>. Dichos estándares judiciales imponen obligaciones procesales positivas a las disposiciones legales de los Estados miembros<sup>302</sup>. Y que incluso, como evidencia la doctrina española, la jurisprudencia del TJUE se ha convertido en impulsor *de facto* de reformas procesales nacionales<sup>303</sup>.

El cambio en materia de efectos y consecuencias del principio de efectividad se produce por el reconocimiento a manos del TJUE de una nueva circunstancia. Esta consistiría en la existencia de normas de Derecho de la Unión que tienen un carácter de principio fundamental o indispensable para el funcionamiento de la Unión, denominadas de orden público comunitario. En los supuestos de normas de orden público comunitario el principio de efectividad tendrá un estándar de aplicación más amplio que el resto de normas de Derecho comunitario. Por lo tanto, dado el carácter esencial de estas normas, la inaplicación del Derecho procesal nacional tendrá mayor repercusión y generará mayores obligaciones para los órganos jurisdiccionales nacionales en base al Derecho de la Unión. Esto es lo que ha sucedido en el Derecho europeo de consumo, y en especial en el aplicador de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuyo análisis nos detendremos más adelante.

Para evitar una excesiva intervención del Derecho de la Unión Europea en el procesal nacional en este sentido, poco deseable dadas las consecuencias en materia de seguridad jurídica y sistemática de los derechos procesales nacionales (a día de hoy no

---

<sup>300</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., pp. 42-44.

<sup>301</sup> A modo ejemplificativo en el caso de España cabe citarse la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformadora entre otros preceptos del art. 695 de la LEC española, en cuyo preámbulo expresamente se declara que “*Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993*”, para permitir la oposición a la ejecución por existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. O la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, en cuyo punto VII de su preámbulo se declara que “*La disposición final tercera modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para adaptarla a la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014. Con ello, el deudor hipotecario podrá interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si esta se fundaba en la existencia de una cláusula contractual abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o la cantidad exigible*”.

<sup>302</sup> VAN CLEYNENBREUGER, P., «Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework», cit., p. 90.

<sup>303</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, cit., p. 110.

armonizados), se hace necesario el establecimiento de límites y criterios correctores al principio de efectividad en general. Y esto implica que sea con independencia de que la norma europea sea o no de orden público o rango constitucional europeo. A tal efecto, y como aludiremos en el siguiente epígrafe, entendemos de especial relevancia la necesidad de un análisis omnicomprendido del Ordenamiento procesal interno, así como un primer intento de interpretación conforme de la norma procesal nacional en sede judicial, antes de promover la inaplicación de la norma procesal nacional por obra del principio de efectividad.

#### V. NECESIDAD DE UN ANÁLISIS OMNICOMPRESIVO DEL ORDENAMIENTO PROCESAL INTERNO DE LOS ESTADOS.

El juicio o “test” sobre la adecuación de la norma procesal nacional al principio de efectividad, por sus impactantes consecuencias jurídicas (obligación de interpretación en el sentido enunciado por el TJUE en el procedimiento sustanciado ante el tribunal nacional) implica un análisis jurídico complejo en el que no sólo debe tenerse en cuenta el propio contenido de la norma europea. Es así que proponemos un análisis dual, apto para satisfacer el principio de competencia de atribución de los tratados y el derivado principio de autonomía procesal de los Estados, que a nuestro juicio y al de la doctrina que se cita en el presente epígrafe debe llevar a una idea similar al principio de “intervención mínima” del Derecho comunitario en el interno de los Estados miembros en materia procesal interna. Para ello deberá tenerse en cuenta no sólo si el cauce jurídico específico o enjuiciado del Estado hace excesivamente imposible la aplicación del Derecho comunitario, sino de si del conjunto de cauces jurídicos previstos en el ordenamiento procesal interno, con las múltiples posibilidades y fases que puedan prever, tal fin es frustrado verdaderamente por la indiscutible imposibilidad de su consecución. En cualquier caso, y como analizaremos, la intervención desvirtualizadora del Derecho procesal nacional se encuentra subyugada a la nota de la excepcionalidad<sup>304</sup>.

---

<sup>304</sup> Tal afirmación no se encuentra exenta de crítica al respecto. Así lo adelanta, por ejemplo, KAKOURIS, al plantear en el encabezado de su artículo en la materia que el derecho procesal nacional debería aplicarse por principio básico, al derivar tal norma de una de las competencias residuales reservadas a los Estados miembros y que, por consiguiente, constituye una manifestación de su soberanía. Por consiguiente, solo en ciertos casos excepcionales se permitiría anular ese principio por razones de primacía y aplicación uniforme y efectiva del Derecho comunitario. A pesar de ello acaba interpretando que el TJUE no reconoce autonomía procesal a los Estados, sino que el TJUE ha tendido a considerar el Derecho procesal nacional simplemente como un cuerpo jurídico subordinado cuya función sería la de garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario sustantivo. Vid. KAKOURIS, C., «Do the member states possess judicial procedural “autonomy”?», cit., pp. 1389-1390. Como se analizará a lo largo del punto, dicha afirmación se encuentra muy matizada por la jurisprudencia del propio TJUE,



Algunos autores proponen igualmente una “regla de razonabilidad” procesal para como herramienta para evaluar el papel y el alcance de las disposiciones procesales nacionales en juego. Esta regla jugaría como criterio delimitador, impidiendo la inaplicación de las normas de procedimiento nacionales sólo cuando dichas disposiciones impusieron restricciones irrazonables e irreconciliables con la aplicación efectiva de los derechos de la UE a través de los cauces jurídicos<sup>305</sup>.

Pero todo ello resulta más difícil en tanto a que estos principios no son delineados como normas procesales positivas o indicaciones específicas y detalladas que permitan una comparación fácil de cara al juicio de compatibilidad. En su lugar el TJUE ha proyectado elementos que definen una serie de estándares mínimos de tutela para los derechos derivados del Ordenamiento comunitario. Por ejemplo, no sería conforme al estándar mínimo del Derecho comunitario un derecho procesal nacional que no establece instrumentos que permitan adoptar una tutela cautelar de urgencia para derechos subjetivos europeos amenazados por un perjuicio irreparable, como en *Factortame I*<sup>306</sup>. De hecho, los actos jurídicos de la Unión suelen proyectarse en normas de mínimos, como la Directiva 93/13, que no impide a los Estados miembros atribuir a los consumidores una protección más elevada, como se establece en los arts. 8 y 8 bis (el último introducido por la Directiva 2011/83/UE)<sup>307</sup>.

Algunos autores, de hecho, han sido partidarios de una aplicación gradual del efecto directo (que entendemos extrapolable al principio de efectividad) en virtud del cual el recurso al mismo debería ser gradual (para respetar en la medida de lo posible el contenido del Derecho procesal nacional). Para ello se habría de recurrir en primer lugar al principio de interpretación conforme<sup>308</sup>, lo que llevaría a buscar una interpretación del Derecho procesal nacional que permita, de la forma más aproximada, la no obstaculización de la aplicación por el juez nacional del Derecho europeo (y por lo tanto más respetuosa con el Derecho nacional). Y solo si ello no fuese posible en última instancia desaplicar la norma procesal en cuestión en virtud de los efectos del principio de efectividad del Derecho de la Unión en el sistema procesal jurídico interno (bien por el anteriormente citado poder desaplicador del juez nacional de la norma interna o por una interpretación de inadecuación del Derecho nacional con el europeo proveniente del TJUE). De hecho, en sustento de esta opinión doctrinal puede señalarse que existe

---

exigiéndose la toma en consideración del lugar que ocupa la disposición procesal en el conjunto del procedimiento y sus diferentes fases, instancias y recursos.

<sup>305</sup> VAN CLEYNENBREUGER, P., «Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework», cit., p. 92. Y como resume GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, cit., p. 116, no se trata de buscar una solución más eficaz, sino de evitar que se mantenga o introduzca una regulación contraria al Derecho de la Unión.

<sup>306</sup> BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit., p. 724.

<sup>307</sup> GALLEGO DOMÍNGEZ, I., «La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas: la directiva 93/13/CEE y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», cit., p. 21.

<sup>308</sup> MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», cit., pp. 1177-1178; e igualmente LENAERTS, K. Y OTROS, *EU Procedural law*, cit., p. 131.

doctrina del TJUE en la que lo que se declara opuesto a Derecho de la Unión es una interpretación jurisprudencial de los tribunales nacionales, en lugar de la propia norma nacional<sup>309</sup>.

Nos sostenemos para ello de la propia interpretación de la doctrina legal del TJUE. Así, en sus Sentencias de 14 de diciembre de 1995 (Caso Peterbroeck, Van Campenhout & Cie contra el Estado belga, asunto C-312/93, y el caso Van Schijndel, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93)<sup>310</sup>, se afirma (considerandos 19 de Van Schijndel y 14 de Peterbroeck) que para aplicar el principio de efectividad (en el sentido de descartar las normas de Derecho nacional que impidan la aplicación de procedimientos previstos en los Tratados) cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales<sup>311</sup>. Desde esta perspectiva, entendió el Tribunal<sup>312</sup> que en tal análisis procede tomar en consideración, los principios generales sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento<sup>313</sup>.

---

<sup>309</sup> Por ejemplo los casos Lucchini (Sentencia de 18 de julio de 2007, asunto C-119/05) y Banco Primus (Sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14).

<sup>310</sup> La máxima principal sentada por la comentada resolución radicaba en que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una norma procesal nacional que prohíbe al Juez nacional (que conoce del asunto en el marco de sus competencias) apreciar de oficio la compatibilidad de un acto de Derecho interno con una disposición comunitaria, cuando esta última no haya sido invocada por el justiciable dentro de un plazo determinado.

<sup>311</sup> La jurisprudencia de Van Schijndel que obliga a tomar en consideración el lugar que ocupa la norma procesal nacional en el conjunto del procedimiento, su desarrollo y las particularidades en las distintas instancias nacionales es aplicado no sólo para el principio de efectividad, sino igualmente para el de equivalencia en la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia. Así hace en la Sentencia de 1 de diciembre de 1998, asunto C-326/96, caso Levez/Jennings Ltd (p. 44). En el referido caso, derivado de la legislación europea en materia de no discriminación por razón de sexo (y en concreto de los arts. 2 y 6 de la Directiva 75/117). En tal caso se entendió opuesto a Derecho comunitario, una norma de Derecho procesal inglés que limitaba a los dos años anteriores a la fecha de inicio del procedimiento el período en el que un trabajador podía reclamar atrasos o una indemnización por violación del principio de igualdad de retribución por implicar una regulación procesal o requisitos menos favorables que los establecidos para otros recursos similares del Ordenamiento interno inglés. En este caso, aun cuando existía la posibilidad de ejercitar otra acción en el Derecho inglés destinado a tal satisfacción, se entendió que la norma no sólo era contraria al principio de equivalencia, sino igualmente al de efectividad por permitir a un empresario proporcionar información incorrecta al trabajador para conocer la existencia de discriminación (pp. 31 y 32). Sobre esta idea igualmente vid. MICKLITZ, H. Y REICH, N., «The court and the sleeping beauty: the revival of the unfair contract terms directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, p. 783. Igualmente vid. CEVOLANI, N., «A proposito dei “mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l’inserzione di clausole abusive”». Tutela individuale e tutela collettiva», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, vol. 9, 2016, p. 1159.

<sup>312</sup> En el mismo sentido vid. p. 46 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de diciembre de 2003, asunto C-63/01, caso Evans.

<sup>313</sup> Como comenta la doctrina, estos principios, propios de la mayoría de tradiciones procesales de los Ordenamientos internos de los Estados miembros, no son insignificantes y son trasladables como principios fundamentales igualmente en el Derecho procesal comunitario en sentido estricto. Vid. PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 95.

Esta interpretación ha sido trasladada incluso al propio Derecho europeo de consumo. A tal efecto citamos la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de diciembre de 2013, caso Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, asunto C-413/12<sup>314</sup>. En el p. 28 de la comentada sentencia se destacó que la Directiva 93/13 no incluye ninguna disposición que permita determinar el órgano jurisdiccional territorialmente competente para conocer de una acción (en el caso de referencia, una acción de cesación interpuesta por una asociaciones de protección de los consumidores<sup>315</sup>). Como bien señala el Tribunal de Justicia, la Directiva 93/13 no regula tampoco la cuestión del número de instancias (en el caso de las resoluciones de falta de competencia territorial)<sup>316</sup>, y esta reflexión puede trasladarse a las vías de impugnación,

---

<sup>314</sup> La cuestión prejudicial trae causa de las pretensiones de una Asociación de Consumidores y Usuarios, que plantea una acción de cesación contra una empresa por las condiciones de un portal web. La acción se ejerció en el juzgado del domicilio de la Asociación de Consumidores (Salamanca). No obstante, la legislación procesal española (art. 52-1, apartados 14 y 16 LEC) establecía el fuero de competencia en el tribunal del lugar en el que el demandado tuviese su establecimiento. Por esta razón el juzgado de Salamanca se declaró incompetente a favor de los de Barcelona (domicilio del establecimiento de la empresa demandada). En el recurso de apelación contra el Auto del juzgado de Salamanca se suscitó la duda sobre la adecuación del art. 52 LEC al principio de efectividad de la Directiva 93/13, pues dada la distancia geográfica del órgano competente para conocer de la acción de cesación la Asociación se arriesgaba a renunciar a la misma acción por motivos económicos (p. 35 de Asociación de Consumidores Independientes).

<sup>315</sup> La respuesta final del TJUE en la sentencia comentada fue que en sentido de reconocer que la legislación española que atribuía la competencia territorial para el ejercicio de la acción de cesación no infringía el principio de efectividad ni se oponía a la Directiva 93/13. Por un lado, las dificultades alegadas por la Asociación (de índole económica) no se entendió consecuencia de la norma según la cual la acción de cesación entra dentro de la competencia territorial del órgano jurisdiccional del lugar en el que el demandado tiene su establecimiento; ni tampoco de la norma que no establecía recursos contra la declaración de falta de competencia del tribunal (p. 36 de Asociación de Consumidores Independientes). Las normas procesales relativas a la estructura de los recursos internos y al número de instancias, al formularse al servicio del interés general de la buena administración de la justicia y de la previsibilidad, se entendió que debían prevalecer sobre los intereses particulares, no pudiendo adaptarse la legislación procesal en función de la situación económica particular de una de las partes (p. 38 de Asociación de Consumidores Independientes). Igualmente, al valorar la Sala que las Asociaciones de Consumidores no se encuentran en una posición de desigualdad respecto de los profesionales, no se da la situación de desequilibrio que por el contrario sí se produce en un recurso individual de consumo (p. 50 de Asociación de Consumidores Independientes). Y por lo tanto el art. 52 LEC no hace imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de una acción de cesación interpuesta por una asociación de protección de los consumidores, ni ponen en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13. Similar conclusión se llegó en la Sentencia del TJUE de 12 de febrero de 2015, asunto C-567/13, caso Baczó y Vizsnyiczai, en el que se discutía la adecuación al art. 7-1 de la Directiva 93/13 una disposición procesal nacional húngara no establecía la competencia del tribunal más cercano al consumidor para conocer de la pretensión de dicho consumidor de que se declare el carácter abusivo de cláusulas contractuales. En su fundamentación el TJUE destacó que aunque la posible lejanía geográfica entre los tribunales provinciales y el domicilio del consumidor puede constituir un obstáculo para el ejercicio de su acción judicial, constituye una manifestación de la autonomía procesal de los Estados que en la legislación procesal puedan atribuir el conocimiento a unos tribunales con experiencia profesional más dilatada, y que garanticen por tanto una práctica uniforme como una protección más eficaz de los derechos de los consumidores (p. 58 de Baczó). Sobre la acción de cesación vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», en CARBONELL PORRAS, E. y CABRERA MERCADO, R. (coords.) *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 207 y ss.

<sup>316</sup> La desregularización de las instancias o cauces jurídicos internos que deben asegurar los Estados en el Derecho de la Unión fue puesto de manifiesto en el p. 29 de la Sentencia Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, aceptando la posición del Abogado General Paolo Mengozzi en las conclusiones presentadas al asunto el 5 de septiembre de 2013. De este modo la Directiva 2009/22/CE del

recursos o cauces jurídicos que se puedan plantear. Por esta razón los Estados miembros no tienen unos requisitos claros en el propio Derecho europeo para adecuar de forma clara sus normas procesales internas al principio de efectividad. Este aspecto fomentará el surgimiento de una miríada de sentencias en diversos sentidos evaluando la existencia y adecuación de vías de impugnación y cauces jurídicos aplicables.

Es por ello por lo que, de los comentados casos Peterbroeck y Van Schijndel, entendemos que el Tribunal de Justicia ofrece un criterio interpretativo clave: y es que el cauce jurídico particular evaluado forma parte de un complejo sistema procesal interno, en el que el Derecho comunitario no puede ocupar una posición invasiva e indiscriminada. De lo contrario podría argumentarse que la Unión estaría acometiendo una clara armonización que extralimitaría el ámbito de sus propias competencias atribuidas en los tratados<sup>317</sup>.

A pesar de ello, la doctrina jurisprudencial, afirmada unánimemente en ambas sentencias gemelas, divergen en las circunstancias que fundamentarían la aplicación del criterio interpretativo de la toma en consideración de las particularidades procesales nacionales, y consiguientemente en su fallo. Ambas resoluciones judiciales se apoyan en la competencia de cada Estado para designar a los órganos jurisdiccionales a falta de normativa comunitaria (por alusión al principio de autonomía procesal ya comentado) con sus consiguientes límites del principio de equivalencia y de efectividad. Incluso ambas sentencias mantienen como límite adicional al principio de efectividad que debe determinarse de acuerdo con los elementos del sistema judicial interno (considerando 19 de Van Schijndel y 14 de Peterbroeck). No obstante en el caso Peterbroeck se entendió que la aplicación del Derecho comunitario no deterioraba las garantías procesales internas en circunstancias como las que se presentaban en susodicho caso<sup>318</sup>

---

Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores no regulaba la cuestión del número de instancias que los Estados miembros deberían establecer respecto a las resoluciones de falta de competencia territorial en materia de acciones de cesación a disposición de las asociaciones de protección de los consumidores. La Directiva no establece tampoco reglas atributivas de la competencia territorial.

<sup>317</sup> No en vano los autores han puesto de relieve el hecho de la complejidad que adquiere el principio de efectividad del Derecho de la Unión, al ser este un elemento esencial que se incorporará a la amalgama de derechos nacionales y provocará una síntesis con dichas normas internas. Esta síntesis, al partir de las diferencias entre los distintos ordenamientos obligados a recibirlo, conduce a un resultado no necesariamente idéntico con los contextos nacionales. A esto se suma que el principio de efectividad cobra su importancia en el momento final del proceso aplicativo del derecho interno (con posterioridad a la aprobación de la norma) pero hace que al mismo tiempo dicho Derecho interno deba de ser valorado bajo la óptica del europeo (aun oponiéndose el primero al segundo), lo que llevaría a una “metabolización” (en palabras del autor) de las fuentes de derecho interno y europeo. Vid. LIPARI, N., «Il problema dell'effettività del diritto comunitario», cit., pp. 891-892 y 895.

<sup>318</sup> En el caso en cuestión fueron las circunstancias apreciadas por el Tribunal de Justicia para oponerse a la aplicación del Derecho procesal nacional era que el justiciable ya no podía invocar, ante el Tribunal nacional (cour d'appel), un motivo nuevo basado en el Derecho comunitario, una vez transcurrido el plazo de sesenta días a partir del día de la presentación por el Director de la copia testimoniada de la decisión impugnada en el procedimiento administrativo sustanciado ante la autoridad tributaria belga. El motivo no fue tanto que el plazo impugnatorio fuese de sesenta días, aspecto que el Tribunal de Justicia entendió como una peculiaridad procesal nacional. La verdadera razón fue que la cour d'appel era el primer órgano jurisdiccional que podía plantear la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, ya que el Director -ante el cual se desarrolla el litigio en primera instancia- pertenecía a la Administración

(pronunciándose el Tribunal de Justicia en contra de aplicar la norma procesal nacional frente al Derecho comunitario) y en *Van Schijndel*, teniendo en cuenta este límite del principio de efectividad, por sus distintas circunstancias<sup>319</sup> se entendió que las garantías procesales internas no podían ser conculcadas por la aplicación, en toda su extensión, de las normas comunitarias (dejando al Derecho procesal nacional la venia para la aplicación del Derecho de la Unión Europea). A modo de resumen: por los mismos fundamentos jurídicos (aplicación del principio de efectividad) en *Peterbroeck* se inaplica el Derecho procesal nacional a favor del comunitario, y en *Van Schijndel* se entiende que el Derecho comunitario cedía en su aplicación a favor del Derecho procesal nacional.

La muy compleja relación entre el Derecho de la Unión Europea y el procesal interno de los Estados miembros puede llevarnos a resoluciones visiblemente contradictorias como las que aludimos, que pueden dificultar la adecuada delimitación y aplicación del principio de efectividad. No en vano se ha criticado, en relación a los comentados supuestos, que el Tribunal de Justicia no lleva una línea de razonamiento coherente, siendo las decisiones concretas más bien el resultado de razones peculiares

---

Tributaria y, por lo tanto, no podía ser considerado como un órgano jurisdiccional a efectos del Derecho europeo. En segundo lugar que el plazo para impugnar comenzaba contar, a efectos del Derecho procesal nacional, a partir de la presentación de la copia por el Director de la Administración Tributaria, y por ello el período durante el cual el demandante podía invocar motivos nuevos había expirado cuando el tribunal nacional celebró la vista, de manera que el órgano nacional quedó privado de la posibilidad de realizar de oficio esta apreciación de compatibilidad con el Derecho europeo. Y finalmente, y en consonancia con el análisis que hemos planteado, no constaba que otro órgano jurisdiccional nacional pudiese verificar de oficio la compatibilidad de un acto nacional con el Derecho comunitario en un procedimiento ulterior. Tales circunstancias (reflejados en entre los considerandos 15 a 19 de la Sentencia *Peterbroeck*, impidieron que el principio de eficacia pudiese ser limitado por las particularidades propias del Ordenamiento procesal belga, desde una consideración negativa al no poder encontrarse ninguna disposición procesal que permitiese dar una satisfacción o cauce jurídico adecuada al Derecho de la Unión Europea.

<sup>319</sup> Las circunstancias de la Sentencia *Van Schijndel* se centraban en que el principio de Derecho nacional según el cual, en un proceso civil, el Juez debía o podía aducir de oficio fundamentos de Derecho, se encontraba limitado por la obligación de atenerse al objeto del litigio y de basar su decisión en los hechos que le hubiesen sido sometidos. Esta limitación, propia del Derecho procesal civil holandés, se encontraba justificada por el principio según el cual la iniciativa en un proceso corresponde a las partes y el Juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales en los que el interés público exige su intervención. Según la opinión del Tribunal, este principio aplica concepciones compartidas por la mayoría de los Estados miembros en cuanto a las relaciones entre el Estado y el individuo, protege el derecho de defensa y garantiza el buen desarrollo del procedimiento, en particular, al prevenir los retrasos inherentes a la apreciación de nuevos motivos. Por ello se entendió que el Derecho comunitario no imponía a los órganos jurisdiccionales nacionales aducir de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, cuando el examen de este motivo les obligase a renunciar a la pasividad que les incumbe (en cuanto a que se trata de un principio propio del Ordenamiento procesal nacional), saliéndose de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes y basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que fundó su demanda la parte interesada. En el caso el precepto en cuestión era el Artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil holandesa, que en relación al caso *Van Schijndel* limitaba al juez, en materia de derechos y obligaciones civiles, de los que las partes disponen libremente, y que suponía que los fundamentos de Derecho no invocados por las partes, que hubiesen sido suplidos por el mismo Juez, no le obligaban a este a salirse de los límites del litigio como tal. En tal contexto no se entendió necesaria la intervención de oficio del juez.

de la controversia, no fácilmente atribuibles a un principio inspirador claro y aplicado de manera coherente<sup>320</sup> (como debería serlo el principio de efectividad).

Ahora bien, la interpretación del Tribunal de Justicia lleva, en el caso Van Schijndel, a limitar la aplicación de una norma europea en beneficio de la autonomía procesal del Derecho interno (que en el caso de estudio se trataba del Derecho procesal holandés). Tal doctrina podría llegar a entender el principio de efectividad como una necesidad tendente a la complementariedad entre los ordenamientos jurídicos comunitario y nacional, sometiéndose el Derecho de la Unión Europea a los parámetros procesales nacionales de forma no privilegiada y prevaleciendo en sí misma la autonomía procesal sobre las exigencias de la aplicación del Derecho comunitario<sup>321</sup>. En cambio la motivación en el caso Peterbroeck se da un planteamiento radicalmente contrario, considerando que el planteamiento de oficio por parte del juez nacional del Derecho europeo no cuestiona la autonomía procesal del Derecho interno.

Puede observarse como, aun habiendo enunciado el Tribunal de Justicia el deber de análisis conforme a las particularidades propias del ordenamiento interno procesal de los Estados miembros, deja claras y manifiestas dudas razonables en cuanto a la limitación, en determinados grupos de casos, del principio de equivalencia por las particularidades procesales de los Estados miembros.

De hecho incluso llega a admitir, en el caso Van Schijndel (puntos 20 y 21) la limitación de la cognición y no intervención del juez nacional en los principios propios del Derecho procesal nacional, si este prevé que el juez nacional sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales en los que el interés público exige su intervención, considerando este derecho como “protector del derecho de defensa”, en particular “al prevenir los retrasos inherentes a la apreciación de nuevos motivos” (expresión literal del tribunal). En pocas palabras, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia Van Schijndel sorprendentemente permite, y considera conforme con el principio de efectividad, que un Ordenamiento nacional limite, en su normativa procesal, el conocimiento o cognición del Derecho de la Unión Europea por parte de un juez nacional si es en pos de la prevención de retrasos o dilaciones inherentes a la sustanciación del procedimiento. En un sentido claramente contrario al emprendido en la delimitación de su línea jurisprudencial en Derecho de consumo, que consideramos una antinomia jurisprudencial (piénsese, por ejemplo, en el comentado Caso Aziz, en el que la Unión Europea no consideró conforme a Derecho de la Unión la regulación propia del Derecho procesal español de ejecución hipotecaria, igualmente limitadora de

---

<sup>320</sup> PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 97.

<sup>321</sup> ROLDAN BARBERO, J., «Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (Comentario a las sentencias del TJCE van Schijndel y Peterbroeck, de 14 de diciembre de 1995)», cit., p. 808.

la aplicación del Derecho europeo del caso Van Schijndel y, al igual que en el mismo, tendente a la prevención de retrasos o dilaciones del procedimiento<sup>322</sup>).

De este modo se llega al corazón de la misma idea esencial de orden público de los Estados miembros, que se encuentra reflejado en su respectivo Derecho procesal interno y encorsetado por los principios constitucionales propios, aspecto que genera claros problemas de aplicación en la aplicación del Derecho comunitario a través de normas y mecanismos procesales nacionales. La Sentencia Van Schijndel aporta una necesidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, cuando actúan en calidad de jueces aplicadores del Derecho de la Unión Europea, solo puedan intervenir de oficio en aquellos casos excepcionales en los que el interés público exijan tal intervención. Tal idea, entre otros principios, se encontraría impregnada del principio dispositivo<sup>323</sup>. Por ello, para el Derecho de la Unión Europea, la libertad de disposición de las partes implicaba que tal Derecho no podía aplicarse cuando las partes, de forma intencionadamente o no, no basaban sus pretensiones en las disposiciones del Derecho comunitario. El aspecto principalmente planteado en Van Schijndel era si el Derecho comunitario ostentaba un estatuto especial y si el requisito de su aplicación plena y efectiva podía modificar el destino del proceso, limitando así, de hecho, la libertad procesal de las partes<sup>324</sup>.

A este respecto, la doctrina ha delimitado que la aplicación del Derecho de la Unión Europea a aquellos problemas en los que interviene el Derecho procesal nacional de los Estados debería basarse en una mayor reflexión y un trabajo comparativo más que en simples trasplantes de uno en otro. Y es que es difícil (y añadimos, con un alto grado de discrecionalidad) definir asuntos de interés u orden público comunitario, como nos referiremos en futuros epígrafes. El amplio abanico de cuestiones que un tribunal puede plantear de oficio dependen de los valores fundamentales del ordenamiento

---

<sup>322</sup> Esta opinión encuentra su correlativo reflejo doctrinal: el pronunciamiento Van Schijndel puede interpretarse en el sentido de que produce una “aproximación a la inversa” del Derecho comunitario, y es que en principio, no se debería pedir a los órganos jurisdiccionales nacionales que apliquen de oficio y como cuestión de orden o interés público determinadas disposiciones de Derecho comunitario sustantivo si el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea no lo hace. Vid. PRECHAL, S. Y SHELKOPLYAS, N., «National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond», *European Review of Private Law*, vol. 5, 2004, pp. 610- 611.

<sup>323</sup> A pesar del debate surgido al respecto en lo que se refiere al deber de actuación de oficio del juez nacional, la doctrina autorizada considera que el Derecho de la Unión sigue respetando el principio dispositivo. Y no sólo por la resolución que comentamos, sino porque con la protección del consumidor el principio dispositivo no se lesionaría, sino que es reconducido a sus fronteras originales cual es la independencia del juez de injerencias ajenas al proceso. Vid. NIEVA FENOLL, J., «La actuación de oficio del juez nacional europeo», en CABRERA MERCADO, R.: QUESADA LÓPEZ, P. M. y LÓPEZ PICÓ, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 87 y 97. En sentido similar ARMENGOT VILAPLANA, A., «La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 44, 2018, edición digital. En sentido contrario SANCHO GARGALLO, I., «Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», cit., p. 387, para quien el nuevo paradigma de la función judicial en relación con la tutela de los derechos de los consumidores altera el juego de los principios dispositivo y de aportación de parte, que de forma generalizada venía imperando en el proceso civil.

<sup>324</sup> PRECHAL, S. Y OTROS, «National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond», cit., p. 595.

jurídico de que se trate, de las funciones respectivas de las partes y del tribunal que tiene que aplicar las normas procesales aplicables, así como la rama del Derecho o el Orden jurisdiccional que debe aplicar el concepto así como del nivel o grado en que se desarrollen los procedimientos<sup>325</sup>. De hecho, la doctrina ha llegado a sostener la necesidad de establecer un criterio de oportunidad en la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión, pues el mismo no siempre implica la promoción y el desarrollo de las normas y potestades de la Unión Europea; pudiendo surgir otros intereses a favor de la propia Unión, de los Estados miembros u otros individuos. Por ello la aplicación del principio de efectividad (y sus efectos sobre el Derecho procesal nacional) deberá estar especialmente justificado caso por caso, decidiendo el TJUE qué interés deberá prevalecer (autonomía procesal o efectividad del Derecho de la Unión) ante las concretas circunstancias<sup>326</sup>. Una circunstancia que puede intervenir en tal tesitura para conformar excepciones o aportar discrecionalidad por un mecanismo de oportunidad es el interés público o general de la Unión<sup>327</sup>.

Por ello, y a la hora de tratar el Ordenamiento jurídico de la Unión Europea, se proponen al menos dos criterios para establecer el carácter de interés u orden público para que pueda derrotar a la norma procesal interna cuestionada<sup>328</sup>. En primer lugar que la supuesta norma comunitaria infringida deba estar concebida para servir a un objetivo fundamental del ordenamiento jurídico comunitario y que deba desempeñar un papel significativo en la consecución de dicho objetivo. En segundo lugar y además, que la norma infringida se haya establecido en interés de terceros o del público en general y no sólo en interés de las personas directamente afectadas. Obviamente, aunque se consiga determinar estas características, cada vez que se plantea la cuestión del orden público en un asunto ante un órgano jurisdiccional nacional, se tendría que tener en cuenta lo que significa la norma para el ordenamiento jurídico nacional en el que deben aplicarse estas normas, qué pueden articular al respecto los valores fundamentales del ordenamiento jurídico nacional y del ordenamiento jurídico comunitario<sup>329</sup>.

De hecho y a modo ejemplificativo el Tribunal de Justicia ha afirmado que determinadas normativas, como la Directiva 93/13 (y en concreto su art. 6-1 como obligación a los Estados), debe considerarse en los Ordenamientos jurídicos internos como una norma equivalente a las disposiciones nacionales con rango de normas de

---

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 609.

<sup>326</sup> ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 110-111.

<sup>327</sup> Por ejemplo, el objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías, como apunta la Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1979, asunto C-120/78, caso Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein o Cassis de Dijon, p. 14.

<sup>328</sup> En materia de consumo la doctrina ha valorado, en base a la sentencia Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08) que con el Derecho comunitario de consumo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha introducido un nuevo supuesto dentro del concepto indeterminado de orden público. Vid. RUIZ MORENO, J. M., «El control ex officio iudicis de la validez del laudo de consumo en el proceso de ejecución: Una práctica errónea de las Audiencias Provinciales que ahora confirma la sentencia Asturcom Telecomunicaciones del TJUE», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 7578, edición digital.

<sup>329</sup> PRECHAL, S. Y OTROS, «National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond», cit., p. 610.



orden público, dada la naturaleza y la importancia del interés público en el que se basa la protección que otorga a los consumidores. Por esa razón se resalta el carácter imperativo al ser una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de esta<sup>330</sup>. Como analizaremos en capítulos posteriores, el hecho de que la norma cuya efectividad se pretenda se considere de orden público comunitario conllevará una aplicación especial del principio de efectividad.

De todo lo anteriormente dicho valoramos que, aun siendo una doctrina de aplicación asimétrica, más que cuestionar un cauce jurídico concreto de los Derechos procesales nacionales el Tribunal de Justicia debe tener en cuenta la globalidad del Ordenamiento jurídico interno<sup>331</sup> desde una perspectiva omnicompreensiva. Interpretamos que no debe sólo entrarse a valorar si un trámite aislado, concreto y específico impide al justiciable accionar o tratar de satisfacer el derecho sustantivo concreto que le confiere el Derecho de la Unión Europea.

Para ello es preciso observar si del conjunto del procedimiento con todos sus actos, trámites y fases finalmente se podrá hacer posible en la práctica (o no excesivamente difícil) el ejercicio del Derecho comunitario<sup>332</sup>, o si de entre las múltiples opciones que el Ordenamiento procesal interno pone a disposición del individuo, si fuesen varias, alguna de ellas es apta para hacer posible dicho derecho sustantivo, aunque la tomada como referencia no pueda *per se* desembocar en un resultado positivo.

De este modo el principio de efectividad procesal del Derecho de la Unión Europea debe sostenerse en dos ejes fundamentales: (a) por un lado la delimitación del contenido, alcance y efectos del específico derecho subjetivo establecido por el Derecho de la Unión Europea, y (b) por otro la posible subsunción de dicho derecho subjetivo en

---

<sup>330</sup> STJUE de 6 de octubre de 2009, caso Asturcom Telecomunicaciones, asunto C-40/08, considerandos 51 y 52. El Tribunal Supremo de España, en su Sentencia del Pleno núm. 725/2018, de 19 de diciembre de 2018 (recurso de casación 2241/2018, ponente Excmo. Sr. Pedro Vela Torres) admite que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón a juicio del Tribunal Supremo español sería el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales. Y además pone de relieve la relevancia de respetar las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad del art. 6-1 de la Directiva 93/13, en la resolución de fondo del caso (relativo a la compensación a un consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y correspondía al profesional). Por ello la doctrina pone de relieve la importancia de esta sentencia, vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «Incidencia de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento jurídico español: comentarios a la sentencia dictada por el Pleno del TS número 725/2018, de 19 de diciembre», *Revista de Derecho vLex*, vol. 175, 2018, edición digital.

<sup>331</sup> En sentido idéntico MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», cit., p. 1190, según el cual el juicio de inadecuación de la norma procesal al Derecho de la Unión también debe realizarse sobre el sistema procesal nacional correspondiente en su conjunto.

<sup>332</sup> En relación al principio de interpretación conforme con una directiva, la doctrina ha indicado que el tribunal nacional debe considerar el derecho nacional como un todo para evaluar en qué medida se puede aplicar para no producir un resultado contrario al buscado por la directiva. Vid. LENAERTS, K. Y OTROS, *EU Procedural law*, cit., p. 131.

algunos de los cauces jurídico-procesales de los Ordenamientos internos de los Estados miembros con aptitud para hacer posible o no excesivamente difícil dicho derecho.

No obstante, resaltamos que la delimitación del derecho subjetivo europeo es una materia que a su vez puede revestir de gran complejidad. Como señala la doctrina, muchas veces es difícil delimitar el tipo de derecho individual europeo que amerita ante un Tribunal de Justicia, y que requeriría de protección a través de cauces jurídicos/*remedies*. EILMANSBERGER propone la selección y determinación del titular y el contenido de un derecho mediante un análisis del alcance protector de la regla en cuestión. De este modo, se puede determinar un vínculo legal (*vinculum iuris*), que sería el núcleo de cada derecho y el cauce jurídico. Como resultado, la división de competencias entre el Derecho de la Unión Europea y el derecho nacional se volvería mucho más clara y el operador jurídico tendría más claro aquellos casos en los que sería más fácil aplicar el principio de efectividad<sup>333</sup>.

En cualquier caso, y como ha denunciado la doctrina, el Tribunal de Justicia aún no ha elaborado “test” o criterios de juicio definidos y ciertos, aplicable por los tribunales nacionales -y que sin duda aportaría grandes dosis de seguridad jurídica- sobre la resistencia de los criterios jurídicos nacionales en contraposición con el Derecho de la Unión y su efectividad<sup>334</sup>. En el análisis de las especificidades que adquiere el principio de efectividad en sus distintos ámbitos (destacando el de Derecho europeo de consumo) y ante materias concretas como la ejecución hipotecaria podrá comprobarse la necesidad de una jurisprudencia clarificadora en tal sentido.

## VI. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

---

<sup>333</sup> EILMANSBERGER, T., «The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link», *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 1245. El mismo autor reconoce que este criterio, si bien revista de gran utilidad obviamente no eliminaría las complejidades y dificultades que presenta la evaluación de las restricciones y barreras procesales nacionales.

<sup>334</sup> MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», cit., p. 1200. La doctrina ha señalado la resistencia por parte de los Ordenamientos nacionales como un factor a tener en cuenta que contrastan o retardan la operatividad del Derecho europeo, con aspectos como el silencio o la contraposición abierta (por medio de la negación de la necesidad de armonizar, el esfuerzo de limitar el impacto del Derecho comunitario por medio de interpretaciones que restringen el alcance del mismo o la praxis de algunas jurisdicciones nacionales). Vid. BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit., pp. 741-742. A nuestro juicio cabría diferenciarse la resistencia a la operatividad del Derecho comunitario de las dificultades de un ordenamiento para adaptar su jurisprudencia a una interpretación del TJUE variable ante supuestos más o menos idénticos y de difícil individualización, como ocurre con la adaptación del principio de efectividad en el ámbito de Derecho europeo de consumo, como posteriormente se estudiará.

El Tratado de Lisboa introdujo el art. 19-1 del TUE, que establece la obligación de los Estados miembros de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en aquellos ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. Dicho tratado fue firmado el 13 de diciembre de 2007, siguiendo una dicción contenida en el borrador del Tratado por el que se establece una Constitución, cuyo borrador había sido aprobado el 18 de junio de 2003 por el Consejo de la Unión Europea.

Pero como hemos expuesto el art. 19-1 del TUE supone la respuesta institucional, en cierto modo tardía, a la positivización de un requisito ya destilado por el Tribunal de Justicia desde la sentencia Rewe I. El Derecho primario trató de regular en el Tratado de Lisboa una legislación comprehensiva de la reacción de los cauces jurídicos internos de los Estados miembros ante la aplicación del Derecho de la Unión. No obstante la legislación europea (sobre todo desarrollada a partir de Derecho secundario) en la que se sintetizó el principio de efectividad del Derecho de la Unión fue y sigue siendo a día de hoy asimétrica o poco sistemática, diferenciándose distintos ámbitos de aplicación. A pesar de ello, y como sostiene la doctrina, dicho principio general condiciona la interpretación de toda legislación específica o sectorial<sup>335</sup>.

Por ello a lo largo del presente epígrafe delimitaremos los distintos ámbitos específicos en los cuales se ha manifestado el principio de efectividad del Derecho de la Unión en la regulación procesal, como ha dividido la doctrina científica (ARNULL)<sup>336</sup>, sin perjuicio de otras categorizaciones<sup>337</sup>.

El primer ámbito de aplicación del principio de efectividad sería el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La tutela judicial de los Estados debe cubrir las garantías procesales suficientes y establecer los cauces jurídicos necesarios para revisar las decisiones administrativas que afecten a la residencia en el Estado por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Así lo establece el art. 31-1 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, que a su vez se acompaña de todo un elenco de garantías tendentes a suspender la eventual decisión de expulsión del ciudadano de la Unión (suspensión automática de la expulsión salvo

---

<sup>335</sup> ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., p. 63.

<sup>336</sup> *Ibid.*, pp. 63 y ss.

<sup>337</sup> Así, se ha diferenciado una clasificación en la aplicación del principio de efectividad en función de los intereses que supone para la Unión. Por un lado, lo que podría considerarse como “macro-intereses” de la unión, es decir, intereses estructurales o generales del sistema de la Unión que serían independientes de políticas específicas, actividades u objetivos, como sería asegurar el cumplimiento del Derecho europeo en los Estados. Por otro lado, los intereses sectoriales, que atenderían a políticas, actividades u objetivos concretos, como el Derecho europeo de consumo. Y por otro lado “micro-intereses”, que atenderían a intereses concretos involucrados en una determinada cuestión jurídica, y que se limitarían a casos concretos. En relación a los micro-intereses el TJUE parecería más interesado en conseguir la solución “efectiva” de un caso individual concreto, que en asegurar la efectividad de un campo concreto en términos de su coherencia interna. Vid. ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», cit., p. 105 y 107. El estudio concreto del grupo de casos relacionados con la ejecución hipotecaria podría señalarse como eventual ejemplo de “micro-interés” de la Unión en la persecución de sus políticas en Derecho de consumo. Y como sostiene el autor citado, en casos que trascienden sectores específicos o disputas individuales es preferible una gestión atendiendo a los “macro-intereses” (p. 108).

determinados requisitos, necesidad de un examen de legalidad de la decisión en el trámite de recurso, o imposibilidad de prohibir la presencia física del ciudadano europeo en la vista). El art. 15-1 de la misma Directiva extiende de forma analógica las garantías del art. 31 a cualquier decisión que restrinja la libertad de circulación del ciudadano de la Unión o los miembros de su familia.

La libre circulación y residencia fue establecida previamente en la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia (derogada por la Directiva 2004/38/CE), en cuyo artículo 8 expresamente se disponía que en relación con cualquier decisión sobre la admisión de entrada, la denegación de la concesión o la renovación del permiso de estancia o sobre la expulsión del territorio, la persona interesada podrá interponer los mismos recursos de que disponen los nacionales del Estado en cuestión contra los actos administrativos<sup>338</sup>.

Otro ámbito del principio de efectividad del Derecho de la Unión sería su aplicación al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En la actualidad se encuentra refundido en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Pueden señalarse dos preceptos esenciales de dicho cuerpo legal.

En general el art. 23 de la Directiva 2006/54 establece la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la derogación de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa contraria al principio de igualdad de trato; extensiva a otros contratos, convenios colectivos y regímenes de la Seguridad Social.

Por un lado, el art. 18 de la Directiva 2006/54 establece que los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación -según determinen los Estados miembros-, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Similares exigencias se prevén para la obligación de la inversión de la carga de la prueba del art. 19-1: los Estados adoptarán en sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> En la versión en inglés del art. 8 de la Directiva 64/221/CEE se emplea la expresión “*the same legal remedies*”, en cuyo caso preferimos interpretarlo como el acceso a todos los cauces jurídicos que tengan los ciudadanos del Estado en cuestión, como hemos precisado al inicio del presente estudio.

<sup>339</sup> En un tenor similar al art. 4 de la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

Incluso en el ámbito sancionador se establecen obligaciones para los Estados. El art. 25 de la Directiva 2006/54 dispone la obligación de los Estados para establecer un régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de dicha Directiva, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación<sup>340</sup>.

Con anterioridad la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales establecía en su art. 6 la obligación genérica de los Estados miembros de introducir en los ordenamientos internos las medidas necesarias para que cualquier persona que se considerase perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos pudiese hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional (tras haber recurrido a otras autoridades competentes). La nueva regulación dada por la Directiva 2006/54 amplía los cauces jurídicos estableciendo un deber de cumplimiento efectivo en los planos legislativo y judicial.

Resulta de particular importancia la normativa europea en tanto que una de las primeras directivas sobre la igualdad de trato para hombres y mujeres llevó al Tribunal de Justicia a reconocer el principio de protección judicial efectiva como un principio general de derecho<sup>341</sup>. Así la ya anteriormente citada Sentencia de 10 de abril de 1984 Von Colson y Kamann (asunto C-14/83) se interpretó el art. 6 de la Directiva 76/207 en el sentido de que los Estados miembros están obligados a adoptar medidas suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva por la vía de que dichas medidas puedan ser invocadas efectivamente ante los Tribunales nacionales por las personas interesadas, pero haciéndose constar que si el Derecho europeo no impone una sanción determinada, se dejaría a los Estados miembros en libertad para elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para cumplir con su objetivo (p. 18 de Von Colson)<sup>342</sup>. La invocación eficaz de derechos del art. 6 de la Directiva 76/207 ante los Tribunales nacionales y el control jurisdiccional establecido por dicho artículo fue interpretado como un principio general del Derecho, que puede considerarse básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros

---

<sup>340</sup> La doctrina interpreta que las sanciones o indemnizaciones establecidas por los Estados, el TJUE adopta una posición intervencionista, en busca de la igualdad entre hombres y mujeres que garantizase una protección judicial efectiva, aún en detrimento de la autonomía procesal de los Estados, como comentario de la Sentencia de 10 de abril de 1984, C- 14/83, caso Von Colson. Vid. DE VISSER, M., «The Concept of Concurrent Liability and its Relationship with the Principle of Effectiveness: A One-way Ticket into Oblivion?», cit., p. 49. Son conocidos como “remedios” o cauces jurídicos compensatorios.

<sup>341</sup> ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., p. 64.

<sup>342</sup> En esta tesitura algunos tribunales nacionales, como los tribunales italianos, han interpretado que debe darse una primacía a los cauces jurídicos restitutorios en lugar de los resarcitorios, lo que se traduciría en desaplicar o distorsionar el propio sistema normativo interno. Así se ha pronunciado el Tribunal del Trabajo de Siena, en su Sentencia de 13 de diciembre de 2010, con número de procedimiento 858/2010, en la que se desaplica el art. 36 del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, que establece las normas generales sobre la regulación del empleo para las administraciones públicas. Dicho precepto excluía la posibilidad de ordenar el reingreso a su puesto de trabajo de un funcionario despedido, al entrar en colisión con la prohibición de discriminación establecida en el Derecho europeo. Vid. CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 673.

y que se encuentra está igualmente consagrado por los artículos 6 y 13 del CEDH en el p. 18 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986, caso Johnston, asunto C-222/84.

La contratación pública constituye otro ámbito en el que el principio de efectividad encuentra su positivización. El art. 1-1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, expresamente prevé que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores<sup>343</sup> de contratos públicos puedan ser recurridos de manera eficaz lo más rápidamente posible. En especial podrán ser recurridos con motivo de que las decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho. El párrafo tercero igualmente prevé que los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que determinen los Estados miembros, dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

El art. 1-1 de la Directiva 89/665 ha sido interpretado en la Sentencia de 28 de enero de 2010, asunto C-456/08, caso Comisión contra Irlanda. En el mismo se declaró que el principio de celeridad que persigue la Directiva 89/665 (que aplicado a los procesos de contratación pública implica que los Estados pueden establecer plazos de impugnación lo más breves posibles respecto a las decisiones intermedias adoptadas en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato) no permite a los Estados limitar el principio de efectividad. Las modalidades de aplicación de los plazos nacionales de caducidad no deberán hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que les confiere a los interesados el Derecho comunitario, y en concreto la Directiva 89/665 (p. 64 de Comisión contra Irlanda). En base a este criterio se consideró que la normativa irlandesa (art. 84 del Reglamento de Procedimiento de los Órganos Jurisdiccionales Superiores) al ampliar el plazo de caducidad para las decisiones intermedias adoptadas por entidades adjudicadoras de contratos públicos constituía una modalidad que conducía a privar a los interesados del derecho a recurrir.

Por lo tanto la normativa irlandesa ni se ajustaba a las exigencias de la seguridad jurídica (que imponía la obligación de crear un sistema de plazos suficientemente preciso, claro y previsible, p. 61 de Comisión contra Irlanda), ni al objetivo de eficacia del recurso planteado por los interesados (p. 63 de Comisión contra Irlanda), y por ende al principio de efectividad.

---

<sup>343</sup> En relación a procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y 77/62/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

Otro ámbito donde puede señalarse la vigencia del principio de efectividad es el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente<sup>344</sup>. El fundamento reside en el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998. El art. 9-2 establecía la obligación para los Estados partes al acceso a la justicia en los casos en los que una persona solicitase información medioambiental que fuese no atendida, rechazada ilícitamente o no obtuviese una respuesta suficiente, bajo determinadas condiciones detalladas en dicho artículo<sup>345</sup>.

En dicho Convenio la Comunidad Europea fue parte<sup>346</sup>, por lo que el Derecho de la Unión se adecuó a los estándares de dicho tratado. Uno de los textos normativos afectados fue la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; que fue modificada por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003. Entre las modificaciones se incluyó un art. 10 bis, que establecía la obligación de los Estados miembros de garantizar a los miembros del público interesados, de conformidad con su Derecho interno, la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal de justicia (u otro órgano independiente e imparcial establecido por los derechos internos) para impugnar la legalidad -en cuanto al fondo o el procedimiento-, de decisiones, acciones u omisiones que se incluyan dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público en el medio ambiente. Todo ello siempre que los interesados ostentasen un interés legítimo o acreditasen el menoscabo de un derecho<sup>347</sup>. Los Estados miembros determinarán, por un lado, la fase en la que pueden impugnarse tales decisiones, acciones u omisiones, y por otro lo que constituya el interés suficiente y el menoscabo de un derecho “de manera coherente con el objetivo de facilitar al público interesado un amplio acceso a la justicia”.

A día de hoy tal disposición normativa se encuentra regulada en el art. 11-1 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y

---

<sup>344</sup> ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., p. 67. Sobre la tutela ambiental en la perspectiva comunitaria vid. CAIA, G., «I compiti di tutela ambientale nello Stato delle autonomie (Tra intervento comunitario e «modelli differenziati» dell'organizzazione amministrativa)», *Il diritto dell'economia*, vol. 1, 1993, pp. 31-51.

<sup>345</sup> El derecho de acceso a la justicia en materia de medio ambiente es uno de las principales novedades del Convenio de Aarhus, como pone de relieve la doctrina. Vid. MARTI DEL MORAL, A., «La legitimación ambiental por intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa», en CARBONELL PORRAS, E. y CABRERA MERCADO, R. (coords.) *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 417-420.

<sup>346</sup> Firmante en 1998 y aprobado por la Decisión 2005/370/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005 sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

<sup>347</sup> Cuando la legislación procesal administrativa de un Estado miembro lo imponga como requisito previo.

privados sobre el medio ambiente Texto pertinente a efectos del EEE, que deroga la Directiva 85/337.

Pueden citarse dos resoluciones judiciales que han aplicado el principio de efectividad a la normativa sectorial en materia de medio ambiente. Por un lado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de abril de 2009, asunto C-75/08, caso Mellor<sup>348</sup>. En este supuesto se planteó la cuestión de si una autoridad nacional debía motivar o no la decisión de no llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental con arreglo a la Directiva 85/337 en la tramitación de una solicitud de autorización para la construcción de un hospital. En tales condiciones el Tribunal de Justicia destacó que la eficacia del control jurisdiccional debe poder abarcar la legalidad de los motivos de la decisión impugnada. Esto implica que, en general, el Juez al que se recurre pueda exigir de la autoridad administrativa competente la comunicación de esos motivos. No obstante, cuando se trata especialmente de garantizar la protección efectiva de un derecho conferido por el Derecho comunitario, es preciso asimismo que las personas interesadas puedan defender ese derecho en las mejores condiciones posibles y que se les reconozca la facultad de decidir si les es útil recurrir al órgano jurisdiccional. Para decidir con pleno conocimiento de causa el Tribunal de Justicia determina que la autoridad nacional competente tiene la obligación de dar a conocer los motivos en los que se basa su negativa a petición de los interesados (p. 59 de Mellor). Todo ello para garantizar el correcto control jurisdiccional de los actos de la Administración.

Las barreras erigidas por la legislación nacional al control jurisdiccional llevado a cabo por particulares o asociaciones en revisión de proyectos públicos con trascendencia medioambiental (y su consiguiente repercusión en el principio de efectividad) es tratado igualmente en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de octubre de 2009, asunto C-263/08, caso Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening. En el mismo, una Asociación para la protección del medio ambiente recurrió ante el tribunal de apelación de Svealand una autorización concedida al Ayuntamiento de Estocolmo para la construcción de un túnel, por las repercusiones medioambientales derivadas de la evacuación de las aguas subterráneas que se filtraban. Dicho recurso fue declarado inadmisibile, por no cumplir la Asociación correspondiente el requisito exigido por el artículo 13 del capítulo 16 del Código del medio ambiente sueco de contar al menos con 2.000 socios para poder recurrir las resoluciones contempladas por la Ley de medio ambiente sueca.

El Tribunal de Justicia declaró que el requisito de que una asociación de protección del medio ambiente debe contar con un número mínimo de socios podía resultar pertinente para cerciorarse de la realidad de su existencia y de su actividad. Pero que, no obstante, la ley nacional no puede establecer un número mínimo de socios a un nivel tal que vaya contra los objetivos de la Directiva 85/337, siendo un objetivo claro el permitir fácilmente el control jurisdiccional de las operaciones a las que dicha Directiva es aplicable (p. 47 de Djurgården-Lilla).

---

<sup>348</sup> Citado en ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», cit., p. 67.



Incluso en el ámbito de la armonización del proceso penal el TJUE ha aplicado el principio de efectividad en relación a la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado<sup>349</sup>. El TJUE, en su Sentencia de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, caso Melloni, se entendió que si un Estado miembro invoca el art. 53 CFUE<sup>350</sup> para supeditar la entrega de una persona condenada en rebeldía a una condición no prevista por dicha Decisión Marco 2009/299 tendría como consecuencia el cuestionamiento de la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por tal Decisión marco. Y por tanto convendría a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, y por consiguiente se comprometería la efectividad de la referida Decisión marco (p.63 de Melloni). La conclusión esencial de este caso fue que el TJUE otorgó más fuerza al principio de efectividad del Derecho de la Unión incluso por encima de las garantías procesales protegidas por el Derecho fundamental del art. 24 de la Constitución Española, en base al principio de primacía del Derecho de la Unión<sup>351</sup>.

Los dos últimos ámbitos en los que el Derecho y jurisprudencia de la Unión Europea han expandido el principio de efectividad son aquellos declarados de orden público comunitario por la jurisprudencia del TJUE (como se detallará posteriormente): el Derecho europeo de la competencia y el Derecho europeo de consumo.

La Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, consagra de forma expresa el principio de efectividad de la siguiente forma: “*De acuerdo con el principio de efectividad, los*

---

<sup>349</sup> Sobre la misma vid. ARANGÜENA FANEGO, C., «De la Orden europea de vigilancia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la decisión marco 2009/829/JAI del Consejo», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.) *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 223 y ss.; sobre la Orden europea de detención y entrega en su regulación anterior vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., «La orden europea de detención y entrega: su presente y su futuro», en CANCELA OUTEDA, C. y LÓPEZ MIRA, A. X. (coords.) *Europa, Europa*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2006, pp. 40 y ss.

<sup>350</sup> Que establece que las disposiciones de la CDFUE no podrán interpretarse como limitativas o lesivas de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros.

<sup>351</sup> De hecho la doctrina planteó que la cuestión crucial de este asunto fue el nivel de protección de los derechos fundamentales que debían prevalecer cuando existe un conflicto entre el nivel de protección otorgado por las constituciones nacionales y la legislación de la Unión Europea. El problema del caso Melloni afectó directamente al papel que los tribunales constitucionales nacionales y su comprensión de los derechos fundamentales juegan en el sistema legal de la UE, así como el alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE. Además de reafirmar la primacía de la legislación de la UE cuando se ponen en peligro la unidad y eficacia de la legislación de la UE, el TJUE excluyó la posibilidad de aceptar cualquier motivo de denegación de la ejecución de una orden de detención europea más allá de los establecidos en la decisión marco, a pesar del mayor nivel de protección que preveía el Tribunal Constitucional español en los casos juzgados *in absentia*. Vid. BACHMAIER WINTER, L., «Fundamental Rights and Effectiveness in the european AFSJ: the continuous and never easy challenge of striking the right balance», *Eucrim: the European Criminal Law Associations' forum*, 1, 2018, p. 59.

*Estados miembros velarán por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciban y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia*<sup>352</sup>.

Este artículo ha supuesto la positivización del principio de efectividad aplicado a la responsabilidad del empresario por distorsión, restricción o falseamiento de la competencia que el TJUE interpretaba derivado del art. 81 TCE (actual art. 101 del TFUE, que declara la incompatibilidad con el mercado interior de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros) en sentencias como la de 20 de septiembre de 2001 (asunto C-453/99, *Courage y Crehan*, pp. 29 y 31), y la de la Sala Tercera de 13 de julio de 2006 (asunto C-295/04, caso *Manfredi*, pp. 95 y 98).

La doctrina ha interpretado que la especificación del principio a este ámbito, en términos prácticos, debe pasar por el hecho de que la normativa procesal (en cuestiones tales como el establecimiento de cauciones para realizar diligencias de averiguación, esenciales para la prosperabilidad de las pretensiones de los particulares y empresarios afectados) no puede impedir el florecimiento de acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia para que los empresarios que formen parte de pactos colusorios indemnicen a sus víctimas<sup>353</sup>. Cuestiones como la carga o la suficiencia probatoria demandarán del principio de efectividad una especial relevancia en este ámbito.

Finalmente, el principio de efectividad ha adquirido un matiz muy especializado en el Derecho europeo de consumo, cuya norma más relevante a efectos de nuestro trabajo es la Directiva 93/13, y en cuyo estudio nos centraremos en los siguientes epígrafes.

---

<sup>352</sup> La Directiva 2014/104 se encuentra transpuesta al Derecho español en virtud del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Este Real Decreto-ley expresamente consagra la aplicación del principio de efectividad en relación con el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia en su Disposición adicional segunda, en virtud de la cual “*En materia de compensación de daños serán de aplicación los principios de efectividad y equivalencia. El principio de efectividad exige que las normas y procedimientos aplicables al ejercicio de las acciones de daños no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia.*”. Además, con un tenor similar se consagra en el art. 76-2 del Real Decreto-ley la facultad judicial para estimar el importe de las reclamaciones por daños (por parte de particulares afectados u empresarios competidores) a aquellos casos en los que se haya probado el daño pero resultase imposible cuantificarlo en base a las pruebas disponibles. La doctrina critica la trasposición errónea, al omitir la referencia a la aplicación de las normas. Vid. RUIZ PERIS, J. I., «El sistema europeo de compensación de daños en materia de competencia», en RUIZ PERIS, J. I. (coord.) *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 33.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 30.



## CAPÍTULO TERCERO

### **ESPECIALIDADES DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE DERECHO EUROPEO DE CONSUMO.**

#### **§4. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD APLICADO DE FORMA ULTRAEXTENSIVA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONSUMO SOBRE NO VINCULACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS AL CONSUMIDOR. LA POCA RESISTENCIA DE LOS DERECHOS PROCESALES NACIONALES.**

El carácter variable de las múltiples interpretaciones y aplicaciones que pueden atribuirse al principio de efectividad, como hemos visto en las sentencias de 14 de diciembre de 1995 (asuntos C-312/93 y C-430/93) obligan a concentrar nuestro estudio en una disciplina muy concreta, con unos presupuestos fácticos y jurídicos específicos en atención al fin del estudio de las correcciones del Derecho comunitario en el procedimiento español de ejecución hipotecaria.

Así ha quedado consolidada en una línea maestra del TJUE en los pronunciamientos relacionados con el Derecho de la Unión Europea en materia de consumo o acervo comunitario de consumo<sup>354</sup>, con una concepción específica del principio de efectividad.

---

<sup>354</sup> La referida Directiva 93/13 es la que más trascendencia jurídica ha presentado en relación al principio de efectividad, además de haber sido declarado expresamente de interés público comunitario por el TJUE. No obstante, el ámbito del Derecho europeo de consumo es notablemente amplio. En cuanto a las directivas que lo conforman, cabe citarse la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores; la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo; la Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados; la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del

Hemos optado por calificar la tendencia del Tribunal de Justicia como “ultraextensiva” debido a la cada vez mayor amplitud y comprensión a la que se ha ido dotando al principio de efectividad como factor limitador de los Derechos procesales internos, en relación a su configuración original. Como se ha puesto de relieve, esta tendencia ha ido paulatinamente debilitando la autonomía procesal de los Estados<sup>355</sup>. Esta concepción ha ido más allá de una mera función de control aislada, en la línea del caso Unibet (C-432/05) en el que no se exigió una conducta legislativa expresa a los Estados para satisfacer el principio de efectividad (siempre que ya mediasen otros cauces jurídicos internos en los que la efectividad fuese reconducible). Con la interpretación surgida el Derecho procesal interno resultó de difícil convalidación en múltiples casos a los que haremos referencia. Por ello algunas voces doctrinales han calificado el control del Tribunal de Justicia como “particularmente incisivo sobre las normas procesales de los Estados miembros”<sup>356</sup>, o *vis expansiva* en las zonas cubiertas

---

Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros; la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo o la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, entre otras. Caben citarse reglamentos que abordan materias específicas de consumo como el Reglamento n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos; el Reglamento n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores; el Reglamento n° 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables; el Reglamento (UE) n° 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar; el Reglamento 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta o el Reglamento n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, entre otros textos.

<sup>355</sup> GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, cit., p. 32 o TRSTENJAK, V. Y OTROS, «European Consumer Protection Law: curia semper dabit remedium?», cit., p. 123.

<sup>356</sup> AZZARRI, F., «Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo», cit., 1088. De hecho incluso se ha llegado a reconocer que el TJUE aplica una especie de “doble estándar” en función de si la norma evaluada es de naturaleza interna o europea. Vid. DE VISSER, M., «The Concept of Concurrent Liability and its Relationship with the Principle of Effectiveness: A One-way Ticket into Oblivion?», cit., p. 50. La doctrina española incluso ha criticado que el Tribunal de Justicia, al no concretar de forma definitiva si una cláusula es abusiva y hasta donde debe llegar la protección del consumidor, permite cuestionar continuamente las normas (sustantivas y procesales españolas) llevando los criterios fijados para la protección de consumidores “más lejos”. HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», cit., p. 402. En cualquier caso se reconoce una apuesta decisiva por defender el principio de efectividad, cuya ultranza y empeño se le ha criticado a la hora de buscar objetivos igualmente dignos de protección en sede europea, como por ejemplo la protección de los Derechos fundamentales en los procesos penales. Vid. BACHMAIER WINTER, L., «Fin del período transitorio del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa en materia de cooperación penal: algunas consecuencias para el TJUE», *La Ley Unión Europea*, vol. 34, 2016, edición digital (p. 10). Algunos autores han afirmado igualmente, en interpretación de la efectividad de la tutela recogido en el art. 47 TUE (que establece la personalidad jurídica de la Unión) que la Unión ha defendido o extendido sus competencias, con repercusiones en materia penal y procesal penal. Vid. HINAREJOS, A., *Judicial control in the European Union*, cit., p. 92.

por el Derecho de la Unión<sup>357</sup>. Además se critica que, aún intercediendo de forma pesada sobre los Ordenamientos procesales nacionales, no lo hace con un enfoque casuístico adecuado, sino que lo hace funcional al resultado al que tenga la intención de llegar *in concreto*<sup>358</sup>. Tampoco faltan voces que lo califican de “super-principio de efectividad” en materia de consumo, al cual si bien se le confía el acometimiento de una armonización oculta de los derechos nacionales quedaría no obstante cojo al concebirse en ausencia de marco común sólido de referencia<sup>359</sup>.

De hecho la plasmación del principio de efectividad en materia de Derecho de consumo ha sido señalada como una vía de integración intermedia entre la armonización y el establecimiento de límites a la autonomía procesal nacional, en el sentido que el juzgador europeo ha deducido reglas procesales sobre la base de fragmentos normativos, que a su vez son expresión de principios procesales generales. Esta técnica ha sido denominada como armonización procesal “por principios” (por medio del empleo de principios), y ha sido aplicado en relación al ámbito de protección del consumidor. La función de la jurisprudencia, de este modo, sería “reconstruir” en cada caso el cauce jurídico más apropiado para garantizar la plena efectividad de los Derechos subjetivos de la Unión<sup>360</sup>. Obviamente esta función reestructuradora o intermedia trasciende el mero establecimiento de un límite a la autonomía procesal que corresponde a cada Estado, pues se exige no ya solo tener un cauce jurídico que pueda ser compatible o convalidable con la efectividad de la tutela del Derecho europeo (en la línea de la Sentencia Unibet, caso C-432/05), sino que ese cauce sea el que aporte la “mayor efectividad” a la tutela del derecho. Esta mayor efectividad no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, con los consiguientes problemas que acarrea a la seguridad jurídica del legislador nacional.

Dicho de otro modo: En el ámbito de Derecho europeo de consumo el principio de efectividad adquiere en tal matiz en su diferenciación (dada la práctica judicial) que el margen de discrecionalidad de los Estados miembros en la legislación pasa a ser casi nulo en la práctica. El principio de efectividad deja de ser un criterio, como hemos dicho antes, negativo o corrector de la autonomía procesal (que implícitamente se presume siempre que pueda reconducirse a un cauce interno, como declara la Sentencia Unibet C-432/05) que se convierte en un criterio positivo y directo. Como criterio positivo y directo no solo iría dirigido al juez nacional en la aplicación del Derecho

---

<sup>357</sup> PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, “consumer welfare” e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d’insieme», cit., p. 811.

<sup>358</sup>PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 103.

<sup>359</sup> VERSACI, G., «Credito al consumo: obblighi formali ed effettività rimediabile nel canone della Corte di Giustizia», *I Contratti*, vol. 4, 2017, p. 438.

<sup>360</sup> CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 661 y 663. Ahora bien, como advierte la doctrina, la plena efectividad del art. 19-1 TUE sólo existe cuando el cauce jurídico es capaz de satisfacer un estándar de adecuación concreta (a la norma europea cuya virtualidad satisface). Vid. PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, “consumer welfare” e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d’insieme», cit., p. 818.

sustantivo de la Unión, sino al legislador nacional que se ve obligado a adaptar el Derecho procesal nacional a los estándares comunitarios<sup>361</sup>.

De hecho, la doctrina ha cuestionado igualmente si los cauces jurisdiccionales o procesales comunes son pertinentes para alcanzar la efectividad del consumidor o del usuario. Por este motivo se sostiene la necesidad de crear una tutela judicial privilegiada en razón del sujeto de la relación jurídica (consumidor o profesional). De este modo las soluciones dadas por los legisladores procesales de los Estados miembros han sido variadas. Por un lado el ejercicio de las pretensiones de consumo por los cauces procedimentales ya existentes con carácter ordinario para todo tipo de sujetos, si bien con la determinación de especialidades en algunos casos (como la exigencia de conciliación o la inexigibilidad de la asistencia de abogado). En tal grupo de incluirían países como Dinamarca o Grecia. Por otra parte se han reconducido las pretensiones en materia de consumo a procedimientos ya existentes pero específicos para pequeñas reclamaciones, con el objetivo de la simplificación procedimental o la aceleración del procedimiento (en cuyo grupo se incluiría Alemania, Francia o Italia). Estos procedimientos de *small claim procedures* tenderían a una simplificación a través de la utilización de formularios y predominio de la oralidad. E igualmente existen otros países que han creado procedimientos judiciales específicos en materia de consumo, como los *small claims consumer procedure* de la legislación irlandesa<sup>362</sup>.

Pero, aun siendo variada la multitud de respuestas que han ofrecido los legisladores procesales nacionales para tratar de adaptar los Derechos procesales domésticos a la Directiva 93/13 y al resto de Derecho europeo de consumo, esto no obsta el hecho de que aun habiéndose adaptado el Derecho procesal pueda suponer un obstáculo o barrera a la plena efectividad del Derecho europeo de consumo. De ahí que el TJUE en muchos casos ha entrado a valorar si la propia legislación procesal (con independencia de su expresa adaptación o no a las exigencias del Derecho de la Unión, como veremos en la Sentencia C-8/14, caso BBVA) ha constituido un obstáculo o no para la plena efectividad del Derecho europeo de consumo. De hecho, en el Derecho europeo de consumo las regulaciones y circunstancias que pueden interpretarse como barrera a la efectividad son más amplias en comparación con el resto de ámbitos. Tal es la cuestión que presenta más conflicto, y en concreto hasta qué punto una disposición normativa nacional puede constituir o no una barrera u obstáculo a la efectividad del Derecho de consumo, y cuál debe ser la respuesta interpretativa del juez nacional. Estos parámetros en absoluto se han delimitado de forma clara por el TJUE.

---

<sup>361</sup> PALMA, G., «Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore», cit., p. 1150. Igualmente vid. ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal de los consumidores*, cit., p. 185.

<sup>362</sup> BARONA VILAR, S., «Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro», en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2º, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 38-39. Igualmente se reclama la necesidad de una tutela judicial especial de tipo procesal a favor del consumidor desde el momento en el que la asimetría del poder contractual en el plano sustantivo puede propagarse o trasladarse al ámbito procesal. Vid. GIUSSANI, A., «Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 59, 2, 2005, p. 525.

De hecho algunos autores de la más válida doctrina española, como DE LA OLIVA SANTOS han criticado el hecho de que los Estados miembros, a la hora de desarrollar la regulación procesal en materia de consumo, deban adoptar una posición de obligación positiva. Dicho autor se pregunta si “en cuanto a la protección de los consumidores y usuarios, no sería preferible reforzar su arsenal jurídico individual y su información y educación cívica, en vez de ultra-protegerlos -con una ultraprotección que, por los motivos anteriormente dichos y otros, es una pseudo-protección- como si los consumidores y usuarios fuesen una suerte de púberes *infantia minores* o se encontrasen en una especie de *capitis diminutio*. Porque esta ultraprotección, no sólo tiene el inconveniente de ser más teórica que real, sino que, sobre todo, entraña el riesgo de contribuir a perpetuar la disminución o minusvalía. Y se corre, asimismo, otro riesgo no menos grave: el de descuidar la protección del sujeto jurídico, individualmente considerado”<sup>363</sup>.

No es esa la línea seguida por el TJUE. Como se ha especificado, la jurisprudencia del TJUE, a la hora de cohonestar el ámbito de protección al consumidor que ofrece la Directiva 93/13 y los diferentes Derechos procesales civiles de los Estados miembros ha optado por fortalecer la posición jurídica del consumidor frente a la regulación procesal interna, minando la impermeabilidad de la misma en diversos actos, trámites o fases que no permitían la aplicación de la comentada Directiva en su plena extensión.

En concreto son dos los preceptos de la Directiva 93/13<sup>364</sup> los que han desembocado en una rica jurisprudencia del Tribunal de Justicia reinterpretaiva del principio de efectividad a partir del Derecho de consumo: el art. 6-1, en virtud del cual “*los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*”, y el art. 7-1, según el cual “*los Estados miembros*

---

<sup>363</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la protección jurisdiccional a los consumidores y usuarios», *Estudios sobre consumo*, vol. 16, 1989, p. 140.

<sup>364</sup> La protección de los consumidores ha sido una constante prioridad de la Unión Europea. Ya en 1975 se publicó la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 14 de abril relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, bajo el paraguas del art. 2 del TCE, que establecía como misión de la comunidad la elevación del nivel y de la calidad de vida, sustentado sobre una política de protección e información de los consumidores. Tras el Tratado de Lisboa la protección de consumidores se considera una competencia compartida (art. 4.2 letra f) del TFUE). La exigencia de protección de los consumidores se extiende igualmente para su toma en consideración a la definición y ejecución de otras políticas y acciones de la Unión (art. 12 TFUE). En el art. 114-3 establece que la Comisión, en sus propuestas, se basará en un nivel de protección elevado, entre otras materias, en la protección de los consumidores. En el art. 169.1 TFUE se establece igualmente que, de cara a la promoción de los intereses de los consumidores y para garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los mismos, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. La protección igualmente se materializa en el art. 38 CDFUE, si bien se limita el ejercicio del Derecho a las condiciones y límites de los Tratados (art. 52 CDFUE). Sobre esta síntesis vid, entre otros, HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», cit., pp. 403-405.



*velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces*<sup>365</sup> *para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*". La expresión "medios adecuados y eficaces" resulta de tal amplitud que en ella pueden acogerse todo tipo de procedimientos, si no todos, en los que el Estado deba garantizar este presupuesto del Derecho de la Unión (no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas), encontrando su principal nicho en los derechos procesales internos.

El art. 4-3 de la ya derogada Directiva 85/577 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales previó una disposición similar, en la línea de los anteriores artículos y que puede entenderse como un útil precedente a tener en cuenta en materia de establecimiento de obligaciones de los Estados tendentes a la efectividad: *"Los Estados miembros procurarán que la legislación nacional prevea medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor en caso de que no se haya proporcionado la información contemplada en el presente artículo"*.

La obligación del Estado de garantizar la existencia de dichos medios adecuados y eficaces para el cese del uso de cláusulas abusivas del art. 7-1 de la Directiva 93/13 puede ser señalado como un principio de efectividad especial o manifestación especial, en relación con el general regulado en los arts. 4-3 y 19-1 TUE y concretado en la jurisprudencia y Derecho secundario para otros ámbitos. De este modo puede hablarse de un principio de efectividad en Derecho europeo de consumo sobre no vinculación al consumidor de cláusulas abusivas. Es una plasmación del principio general dotado de una característica elemental: y es la ya comentada y controvertida nota de lo que hemos venido en denominar "ultraextensividad".

Y puesto que el principio de efectividad adquiere una dimensión especial a la hora de plasmarse en el Derecho europeo de consumo, igualmente los obstáculos y barreras que pueden presentar los ordenamientos procesales internos adquirirían otro tenor más amplio dada la propia naturaleza de inferioridad de hecho en la que se encuentra el consumidor en las relaciones comerciales<sup>366</sup>. Así por ejemplo la doctrina ha señalado algunos obstáculos generales que impiden el desenvolvimiento normal de la tutela jurisdiccional de los consumidores. Uno sería el carácter psicológico del funcionamiento de la administración de justicia (la justicia se presenta como lenta, cara y en exceso técnica), que disuadirían al consumidor. Igualmente un obstáculo

---

<sup>365</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>366</sup> El espíritu de la preocupación del legislador comunitario por la inferioridad de hecho del consumidor en las relaciones comerciales -sobre todo en la perspectiva del mercado común-, ha sido trasladado a otros ámbitos regulatorios como el Derecho de transporte aéreo de personas, y en concreto en el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. A este respecto vid. MASUTTI, A., «Il ritardo nel trasporto aereo ed i rimedi del legislatore comunitario», *Il Diritto marittimo*, 4, 2007, p. 1051. Como señala la autora, la tutela ofrecida a los pasajeros por el Reglamento en cuestión se caracteriza por un mayor rango de acción y por una clara ampliación de los estándares de asistencia, siempre con el objetivo de brindar una protección más exhaustiva a los pasajeros.

económico, cual es que por regla general las pequeñas cuantías objeto del proceso retraerían el acceso del consumidor a los órganos jurisdiccionales. Pero no obstante las barreras u obstáculos jurídico-procesales siguen constituyendo un factor de riesgo<sup>367</sup>, y es aquí donde precisamente el TJUE centrará en mayor medida el debate sobre la adecuación o inadecuación del Derecho procesal español al Derecho europeo de consumo.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la bondad del Derecho protector de los consumidores va determinarse no principalmente por la perfección técnica y la equidad de sus normas. El factor determinante de la mejor protección va a estar marcado por la existencia de cauces jurídicos sencillos, rápidos y baratos para que los consumidores puedan exigir una tutela efectiva de sus derechos. Y en el ámbito europeo se insiste en que además de dotar a los consumidores de normas que garanticen su derecho, deben proporcionarse instrumentos para la efectividad de tales derechos<sup>368</sup>.

De hecho la doctrina reconoce que el TJUE implícitamente ha elevado el umbral de efectividad de las normas de procedimiento nacional para la mayor aplicación de los derechos que deben cumplirse bajo las Directivas de Derecho Europeo de Consumo. Aunque se justifica que se trata para enfatizar la posición débil del consumidor<sup>369</sup>, entendemos que las razones son más profundas, y se entroncarían con la propia naturaleza de mayor naturaleza imperativa de las disposiciones aplicadas de Derecho de Consumo, atribuidas y calificadas en tal sentido por el TJUE.

Como resultado de una posible mayor obstaculización del Derecho procesal nacional se producirá consiguientemente una mayor tendencia a la desvirtualización de dichos Derechos procesales nacionales, en la que puede considerarse siempre como constante el mismo fin: alcanzar una protección efectiva del consumidor ante el juez nacional. Así lo declara la Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2000 (caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98) en su p. 26.

Se ha criticado la limitación de la eficacia aplicativa de la Directiva 93/13, ya que la doctrina interpreta que la misma carecería de efecto directo horizontal en las relaciones jurídicas entre particulares (es decir, que el derecho contenido en la Directiva podría oponerse frente al Estado pero no a los particulares, como dispone el art. 288 párrafo tercero de TFUE). La directiva sólo se podría oponer a los particulares en caso de falta de transposición o transposición incorrecta frente al Estado que hubiese incumplido su contenido<sup>370</sup>. Tal y como estableció el TJUE en su Sentencia de 4 de diciembre de 1974 (asunto 41/74, Van Duyn) una Directiva europea no transpuesta en

---

<sup>367</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal de los consumidores*, cit., p. 117.

<sup>368</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Comercio electrónico y «acceso de los consumidores a la Justicia»», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, vol. 571, 2003, pp. 5-8.

<sup>369</sup> TRSTENJAK, V. Y OTROS, «European Consumer Protection Law: curia semper dabit remedium?», cit., p. 121.

<sup>370</sup> Sobre los efectos de la Directiva en el derecho interno vid. DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., *La reserva de ley en la transposición de las directivas europeas*, Madrid, Iustel, 2016,.

un Estado miembro sólo tendrá eficacia directa si sus disposiciones no están sujetas a ninguna condición y son suficientemente claras y precisas, por lo que no requeriría intervención legislativa del Estado miembro (p. 13 de Van Duyn). A nuestro juicio tal circunstancia difícilmente sería extensible a los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13.

Todo ello se apoyaría igualmente en la inexistencia de normas de procedimiento a nivel europeo que regulen de forma uniforme la forma de hacer valer los Derechos surgidos de la Directiva 93/13. Tal insuficiencia normativa en relación a la protección de los consumidores se trataría de subsanar por el TJUE en vía jurisdiccional por medio del principio de efectividad, lo que daría lugar (y de hecho ha dado) a criterios de interpretación distintos<sup>371</sup>.

Ahora bien, cuestión distinta es que aun careciendo la Directiva 93/13 de efecto horizontal, como *a priori* debería de carecer, pueda redundar en una posible interpretación conforme de la misma sobre el Derecho nacional (transpuesto o no de una Directiva) de conformidad a dicha Directiva donde, frente a las tesis de la doctrina nacional citada, no habría límite alguno en razón a la horizontalidad del efecto directo que erige el art. 288 TUE. Aun así la doctrina científica ha trazado límites y excepciones a la interpretación de las directivas, como es la prohibición de interpretación *contra legem*<sup>372</sup>, es decir, cuando de la fuerza de la obligación interpretativa (interpretación conforme) existe tanto una desviación de los cánones normales de interpretación de la ley nacional, como de la naturaleza de las obligaciones que pueden imponerse a los individuos<sup>373</sup>. O lo que es lo mismo: la interpretación de la Directiva, dados los principios de seguridad jurídica e irretroactividad, no puede interpretar una Directiva *contra legem* del Derecho nacional. De este modo la doctrina critica que la interpretación conforme de una directiva puede extenderse o llevarse al extremo hasta el punto de que se hable de un “efecto indirecto de la directiva”, ya que colocan a los individuos en una peor posición que si existiera un efecto horizontal directo de las Directivas dada la conculcación de la seguridad jurídica en relación a las

---

<sup>371</sup> HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», cit., p. 430.

<sup>372</sup> P. 110 de la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, caso Adeneler, en virtud de la cual la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

<sup>373</sup> CRAIG, P., «The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions», *European Law Review*, vol. 3, 2009, pp. 359-360. Para ello el autor se sustenta, entre otras, en la Sentencia del TJUE (Sala Sexta) de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89, caso Marleasing, en la que se prohíbe que las legislaciones de los Estados miembros prevean una anulación judicial fuera de los casos taxativamente enumerados en la Directiva (p. 10), así como en las sentencias Miret v Fondo de Garantía Salarial (C-334/92) p. 22; Carbonari v Università degli Studi di Bologna (C-131/97), pp. 48-50; El Corte Inglés (C-192/94), p. 22; o Evobus Austria GmbH v Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH, (C-111/97) pp. 18-21, entre otros. En igual sentido vid. PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, “consumer welfare” e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d’insieme», cit., p. 812.

consecuencias legales de las acciones en las áreas afectadas por la regulación de Directivas<sup>374</sup> y la indeterminación del alcance de sus preceptos<sup>375</sup>.

Otros autores han defendido que la disposición normativa de una directiva no implementada ni traspuesta puede dejar de lado una medida nacional incompatible (efecto de exclusión) pero esto no significa que el texto de la directiva pueda crear derechos sustantivos contra otra persona (efecto de sustitución)<sup>376</sup>.

La carencia de efecto directo horizontal de las directivas igualmente se diluirá, como vamos a profundizar, en razón a la distinta la naturaleza de orden público comunitario que ostenta el Derecho europeo de consumo en lo que respecta a la protección del consumidor, dotado de mayor fuerza imperativa y por lo tanto trasgresor de los límites formales y materiales de la Directiva, como se estudiará en el siguiente epígrafe. De hecho, hay autores que han considerado que el efecto indirecto es un “arma clave” de los individuos, por lo que el hecho de invocar su contenido ante los tribunales es manifestación del principio de efectividad de la tutela judicial<sup>377</sup>. Entendemos que tal opinión no puede interpretarse como absoluta, siendo manifiestamente matizable y limitable a los casos en los que la norma europeo tenga un fundamento de orden público.

#### I. EL DERECHO EUROPEO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE LA DIRECTIVA 93/13 COMO CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO Y RANGO CONSTITUCIONAL EUROPEO.

---

<sup>374</sup> CRAIG, P., «The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions», cit., p. 376. Algunos autores han sostenido, que siempre que el derecho que se busca está disponible en el orden jurídico nacional “en forma embrionaria” (es decir, que se esté tramitando legislativamente la transposición de la Directiva), parecería posible desarrollar el derecho en cuestión a través de la interpretación conforme y el principio de primacía, con independencia de si se lleva a cabo un control judicial por procedimientos de revisión indirectos de la norma europea (alegando la inaplicabilidad de un acto *ex art. 277 TFUE*, o por medio de cuestión prejudicial en el que se ataque la invalidez de la norma europea). LENAERTS, K. Y CORTHAUT, T., «Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law», *European Law Review*, vol. 3, 2006, pp. 314-315. No obstante, los citados autores recalcan que se oponen a introducir un efecto indirecto horizontal de las directivas y de otros actos normativos de la Unión que no tienen efecto directo.

<sup>375</sup> La indeterminación de la interpretación de la idea de cauce o remedio efectivo ha sido criticado por la doctrina, calificándose de una especie de armonización dada por el atribuido efecto horizontal indirecto de la Directiva 93/13. Vid. PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, “consumer welfare” e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d’insieme», cit., p. 806.

<sup>376</sup> TRIDIMAS, T., «Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited», *Yearbook of European Law*, vol. 21, 1, 2001, p. 353. Según el autor, las directivas europeas pueden afectar a las posiciones jurídicas de los individuos en tres supuestos: (a) cuando se recurre a la directiva en procedimientos contra el Estado miembro en cuestión; (b) cuando se confía en una directiva para inaplicar una medida nacional en contra de otro individuo; y (c) cuando se confía en una directiva para promover la interpretación coherente de la legislación nacional en virtud de la Sentencia *Marleasing* (C-106/89).

<sup>377</sup> DRAKE, S., «Twenty years after Von Colson: the impact of «indirect effect» on the protection of the individual’s Community rights», *European Law Review*, vol. 30, 2005, p. 348.

Ya hemos apuntado anteriormente que la naturaleza jurídica del Derecho europeo de consumo sobre no vinculación de cláusulas abusivas al consumidor está dotado de una mayor fuerza imperativa dada su consideración como norma de orden público comunitario, así declarado por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el Derecho de la Directiva 93/13 no basta simplemente con que las partes hayan contado con una oportunidad efectiva para formular un motivo de alegación basado en Derecho comunitario. Como vamos a profundizar esto se debe a que se le considera como una norma de orden público comunitario.

De entrada, destacamos que la materia que vamos a abordar reviste de gran complejidad en lo que respecta a su conceptualización y efectos. Como destacó el Abogado General Jacobs en sus conclusiones de 30 de marzo de 2000 presentadas al asunto C-210/98 P (Caso Salzgitter AG) en su p. 134, resulta difícil definir los motivos de orden público aplicados al ámbito comunitario. Los motivos que un órgano jurisdiccional puede examinar de oficio dependen, en última instancia, de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico de que se trate, de las respectivas funciones que desempeñen las partes y el órgano jurisdiccional con arreglo a las normas de procedimiento aplicables, del tipo de órgano jurisdiccional que deba aplicar el concepto y del nivel en que se desarrolle el procedimiento. En lo que respecta al ordenamiento jurídico comunitario el Abogado General citado lo concreta en la violación del Tratado (hoy en día, Tratados constitutivos o Derecho primario) o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución.

Con carácter general, la doctrina ha delimitado criterios para determinar cuándo una norma es de orden público comunitario. Por un lado, que la norma infringida debe estar diseñada para servir a un objetivo fundamental del ordenamiento jurídico comunitario y debe jugar un papel significativo en el logro de ese objetivo. Además la norma de orden público comunitario debe establecerse en interés de terceros o del público en general y no solo en interés de personas directamente interesadas<sup>378</sup>. Aun con estos requisitos, corresponderá en última instancia al TJUE delimitar qué materias específicas pueden considerarse de orden público comunitario o no.

La consideración del Derecho europeo de consumo de no vinculación de cláusulas abusivas al consumidor como materia de interés u orden público de la Unión se ha ido fraguando en la jurisprudencia del propio TJUE. En el p. 38 de la Sentencia *Mostaza Claro* (Sentencia de la Sala Primera de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, al que nos referiremos más adelante) el deber de apreciación de oficio del juez nacional se justifica por el Tribunal en la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores. Además en el punto 37 de *Mostaza Claro* el Tribunal considera que al tener por objeto la Directiva 93/13 el fortalecer la protección de los consumidores, constituiría una

---

<sup>378</sup> PRECHAL, S. Y OTROS, «National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond», cit., p. 620.

disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de su población. Esta última valoración del TJUE es similar a la forma en la que declaró a las normas de competencia del mercado interior y sus incompatibilidades como normas de orden público comunitario en la Sentencia *Eco Swiss*, C-126/97, de 1 de junio de 1999<sup>379</sup>.

El efecto que tendría el Derecho europeo de consumo de la Directiva 93/13, como norma de orden público, sería que se trataría de una disposición de carácter imperativo (p. 36 de *Mostaza Claro*)<sup>380</sup>. Y ya con la Sentencia *Asturcom* (asunto C-40/08) de 6 de octubre de 2009, en su punto 54 se confirmó el hecho de que la protección brindada por la Directiva 93/13 tenía la importancia y naturaleza de interés público, debiendo considerarse equivalente a las normas nacionales que en ordenamiento interno tienen rango de orden público<sup>381</sup>.

De este modo son dos las materias que hasta hoy el TJUE ha declarado de orden público comunitario: el Derecho europeo de protección de los consumidores (en el caso

---

<sup>379</sup> Conforme al antiguo artículo 3-1, letra t) del TCE (relativo a las actividades para alcanzar las misiones de la Unión, en la que se encontraba específicamente el fortalecimiento de los consumidores. Dicho artículo se encuentra en la actualidad derogado). Aun tratándose la Directiva 93/13 de una norma de Derecho secundario o derivado, se la compara analógicamente con el tratamiento dispensado por el TJUE al art. 81 TCE (relativo a las prácticas incompatibles con el mercado común) en la Sentencia *Eco Swiss*. Así se dispuso en el p. 36 de *Eco Swiss*: “*No obstante, con arreglo a la letra g) del artículo 3 del Tratado [actualmente, tras su modificación, letra g) del apartado 1 del artículo 3 CE], el artículo 81 CE constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 81 CE, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho*”. Para la doctrina, la pura referencia al antiguo art. 3 TCE al artículo 3 CE se encuentra fuera de lugar, siendo las consecuencias de este enfoque enormemente excesivas. En su lugar, el TJUE debería que argumentar el carácter fundamental de las respectivas disposiciones y desarrollar un grupo limitado de normas comunitarias relacionadas con el orden público y otras, aunque se basen en las misiones de la Unión (actual art. 3 TUE) que quedan fuera de este ámbito, lo que conllevaría una interpretación restrictiva de las materias de orden público comunitario. Vid. LIEBSCHER, C., «Case C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 26 October 2006 ECR I-10421», *Common Market Law Review*, vol. 45, 2, 2008, p. 557.

<sup>380</sup> Este efecto imperativo reviste de gran trascendencia en el plano procesal, como ahora veremos obligando al juez nacional a actuar de oficio e incluso adelantar tal debate a momentos prematuros del proceso. Como advierte CABRERA MERCADO, R., «Ejecución hipotecaria y control de oficio por el juez español de las cláusulas abusivas», en MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.) *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2014, p. 292, quien afirma que postergar el control de oficio a un momento posterior a la admisión de la demanda en un proceso de ejecución hipotecaria supondría hacer caso omiso a garantizar el orden público que tutela la Directiva 93/13. Todo ello sin perjuicio de los efectos que pueda generar en el tratamiento de dichas cláusulas en el Registro de la Propiedad, donde se habrían de calificar negativamente en la inscripción como apunta entre otros HERMOSO DE MENA, N., *Ejecución hipotecaria: cuestiones registrales y procesales*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 305 y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 741, 90, 2014, pp. 172-173.

<sup>381</sup> De hecho, la doctrina ha señalado el papel del TJUE como “árbitro de mercado” en la protección del consumidor como asunto del que depende el propio funcionamiento del mercado único. CHINÈ, G., «Il diritto comunitario dei contratti», en TIZZANO, A. (coord.) *Il Diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 615.

Mostaza Claro, asunto C-168/05) y la protección de la competencia del mercado común (en el caso Eco Swiss, asunto C-126/97). Es precisamente en la Sentencia Eco Swiss de 1999 donde por vez primera se emplea el concepto de orden público como sinónimo de las normas esenciales de la Unión y esencial para el funcionamiento de la misma<sup>382</sup>. Además de estas materias la doctrina ha considerado la inclusión como materias de orden público comunitario de los principios relativos a la libre circulación, el principio de no discriminación, la tutela del medio ambiente, los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y los principios generales y fundamentales así determinados por el TJUE en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión<sup>383</sup> (entre los que la doctrina ubica el principio de efectividad, como hemos señalado antes). Como se destaca en el p. 36 de Mostaza Claro las normas de orden público comunitario estarían dotadas de un carácter imperativo más fuerte que el resto de normas europeas, y por lo tanto su aplicación tanto a los particulares como a los diferentes supuestos de hecho sería más amplia<sup>384</sup>. En cualquier caso, como ha destacado la doctrina, el TJUE ha tenido una predilección para declarar, como cuestiones de orden público comunitario aquellas normas de naturaleza procesal con carácter principal respecto a aquellas de naturaleza sustantiva<sup>385</sup>.

En definitiva, si una norma es de orden público comunitario tiene carácter imperativo ¿Y cuál sería el efecto de que una norma comunitaria tenga carácter imperativo? Como establece la sentencia del TJUE Van Schijndel, de 14 de diciembre de 1995 (a la que ya nos hemos referido) serían las siguientes: además de ser directamente aplicables en el ordenamiento jurídico nacional (característica de la que estarían dotadas todas las normas de Derecho de la Unión con efecto directo ex art. 288 TFUE), comportan mayores deberes y obligaciones para el juez nacional dada su importancia para el funcionamiento o fines de la Unión. Si los órganos jurisdiccionales nacionales se encuentran ante una norma imperativa, deben aducir de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma comunitaria imperativa aun no habiendo sido invocada por las partes; y correspondería a los órganos jurisdiccionales nacionales proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las normas imperativas (puntos 13 y 14 de Van Schijndel). Similares efectos se especifican en el p. 38 de Mostaza Claro.

---

<sup>382</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 26-27. Según el autor la primera vez que el TJUE emplearía el concepto de orden público comunitario sería en el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de febrero de 1968, asuntos acumulados 9 y 58-65, caso San Michele/Alta Autoridad. En el mismo se expuso que sería contrario al orden público comunitario la pretensión de un Estado miembro dirigida a discutir su adhesión a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Es decir, el intento de un Estado de eludir sus obligaciones asumidas en los Tratados. Pero es en Eco Swiss donde se plantea el orden público como sinónimo de una norma esencial de la Unión.

<sup>383</sup> FERACI, O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 358-363, y PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 33.

<sup>384</sup> Incluso si se trata de una Directiva, cuya elección de forma y medios a priori queda en exclusiva en manos de los Estados y no sería invocable directamente entre particulares al margen de la adaptación del derecho interno.

<sup>385</sup> PRECHAL, S. Y OTROS, «National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond», cit., p. 610.

Como bien han resumido algunos autores, sobre la base de la existencia de normas de interés u orden público comunitario, el TJUE ha ido ampliando paulatinamente los poderes del juez civil en los procesos entre consumidores y usuarios<sup>386</sup>.

Esto significaría, en palabras de la doctrina, que el TJUE con el orden público comunitario comenzaría a desarrollar el concepto estrechamente definido de normas fundamentales de Derecho comunitario, frente a un derecho comunitario “simple”<sup>387</sup> o de menor rango como podría interpretarse.

De este modo, al incluir la Directiva 93/13 como norma orden público, obliga indirectamente a los Estados miembros a extender sus normas de procedimiento más favorables a las acciones para la aplicación de los derechos de los consumidores derivados de la legislación europea. Otras veces incluso ha clasificado disposiciones normativas como de interés público (arts. 3-1 y 6-1 de la Directiva 93/13 en Mostaza Claro) y esta clasificación de las disposiciones normativas concretas es lo que se ha considerado doctrinalmente como el fundamento para el deber judicial de aplicarlas de oficio<sup>388</sup>.

Adicionalmente la doctrina sostiene que desde la firma del TUE en 1992 y la modificación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (antiguo art. 129 A) y reforzado con el art. 153 del Tratado de Ámsterdam de 1997 la tutela del consumidor asume una posición de rango constitucional dentro del sistema comunitario. Y gracias a este reconocimiento constitucional en el Derecho primario (hoy reflejado en los arts. 4-2-F. 12, 102, 107, 114-3 y 169 TFUE, entre otros) los consumidores se convierten en titulares de posiciones jurídicas subjetivas inmediatamente tutelables en los ordenamientos internos, con la posibilidad de hacer valer el Derecho europeo de consumo aun no previéndolo el Derecho interno o regulando un estándar de protección menos elevado que el exigido por el Derecho de la Unión<sup>389</sup>.

La doctrina europea ha calificado que el acervo comunitario de consumo tiene una dimensión constitucional, lo que abre la perspectiva de una alineación de los derechos privados (y procesales) nacionales con los valores y principios fundamentales compartidos de la Unión. Este acervo tiene una dimensión regulatoria con respecto al

---

<sup>386</sup> PARDO IRANZO, V., «Influencia de la Unión Europea en la tutela de los consumidores: algunas reflexiones generales sobre cláusulas abusivas y su control», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen II*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, p. 2502.

<sup>387</sup> LIEBSCHER, C., «Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 26 October 2006 ECR I-10421», cit., p. 557. Aun así se advierte que el reconocimiento de una categoría superior de normas comunitarias puede implicar una limitación del principio de aplicación uniforme, lo que debería clarificar el propio TJUE.

<sup>388</sup> TRSTENJAK, V. Y OTROS, «European Consumer Protection Law: curia semper dabit remedium?», cit., p. 121; e igualmente ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a las cláusulas abusivas», *Diario La Ley*, vol. 8694, 2016, edición digital.

<sup>389</sup> CERIONI, M., *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 41, y PUTTI, P. M., «Il diritto dei consumi tra memoria storica e nuove prospettive», en VILLANACCI, G. (coord.) *Manuale di Diritto del Consumo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 41.



mercado interno, en tanto que obliga a actualizar el derecho procesal nacional y el privado sustantivo mediante el fortalecimiento del papel, potestades y obligaciones del juez nacional con la finalidad o misión de la Unión de protección del consumidor. Todo ello en pos de cumplir la finalidad de desalentar las estrategias de elusión de los empresarios profesionales<sup>390</sup>.

De hecho algunos autores de la doctrina española entienden que la infracción de una norma de orden público comunitario debería asimilarse a la infracción de un Derecho fundamental de los plasmados en la Constitución Española, a la que sería aplicable el mismo tratamiento procesal interno en lo que se refiere a la vulneración (incidente de nulidad de actuaciones o recurso de amparo). Todo como complemento a los mecanismos señalados por el TJUE en lo que respecta a la vulneración de las normas de orden público comunitario (de oficio por el tribunal o alegándolo las partes en cualquier momento del proceso)<sup>391</sup>.

No obstante el TJUE partió de una concepción diferente en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de marzo de 1996, asunto C-192/94, caso El Corte Inglés/Blázquez Rivero<sup>392</sup>. En virtud de la misma aun quedando cristalizado en el Derecho primario la protección de los consumidores el alcance del Tratado sería limitado y su invocabilidad *inter privatos* se subyugaría a la adaptación del Derecho interno, esta jurisprudencia ha mutado. Del caso Océano que vamos a comentar se extrae que si es necesaria una protección adicional para lograr la efectividad de la Directiva se habilitará al juez para pronunciarse de oficio en contra del Derecho nacional, y del caso Asturcom la idea de que el Derecho de consumo tiene una

---

<sup>390</sup> GERSTENBERG, O., «Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts», *European Law Journal*, vol. 21, 5, 2015, pp. 620-621.

<sup>391</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 169.

<sup>392</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de marzo de 1996, asunto C-192/94, caso El Corte Inglés/Blázquez Rivero el TJUE partió de una postura diferente: “Ampliar dicha jurisprudencia al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar Reglamentos o Decisiones (p.17 de El Corte Inglés). El artículo 129 A del Tratado no puede modificar esta jurisprudencia, ni siquiera respecto de las Directivas relativas a la protección de los consumidores. Basta observar a este respecto que el artículo 129 A tiene un alcance limitado. Por un lado, proclama la obligación que tiene la Comunidad de contribuir a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores. Por otro lado, crea una competencia comunitaria para acciones concretas relacionadas con la política de protección de los consumidores al margen de las medidas adoptadas en el marco del mercado interior. El artículo 129 A, que se limita a asignar a la Comunidad un objetivo y a atribuirle competencias a tal efecto sin establecer, por lo demás, ninguna obligación a cargo de los Estados miembros o de los particulares, no puede justificar la invocabilidad directa entre particulares de disposiciones claras, precisas e incondicionales de Directivas relativas a la protección de los consumidores a las que no se ha producido la adaptación del Derecho interno dentro de los plazos señalados. Por consiguiente, el consumidor no puede basar en la propia Directiva una acción dirigida contra un concedente de crédito, persona privada, a causa de incumplimientos en el suministro de bienes o en la prestación de servicios e invocar este derecho ante un órgano jurisdiccional nacional (puntos 19-21)”. De igual modo, el TJUE su Sentencia de 14 de julio de 1994 (asunto C-91/92, caso Faccini Dori) negó el derecho de los consumidores de oponer frente a los empresarios los derechos establecidos en una Directiva en las reclamaciones ante los tribunales de justicia internos si la normativa no había sido adaptada por el Estado miembro en los plazos señalados (p. 25 de Faccini Dori).

naturaleza asimilada al orden público estatal (pudiendo calificarse como Orden publico comunitario<sup>393</sup>).

Este cambio de planteamiento jurisprudencial ha ampliado tanto el alcance del Derecho primario (limitado muchas veces por sus propios términos) como del secundario (limitado a la trasposición estatal), impulsados por el principio de efectividad que sí ha exigido su aplicación a las relaciones jurídicas entre particulares. Y por ello el principio de efectividad del Derecho de consumo primero logra en Océano un resultado equiparable a la tutela directa en los particulares (por encima del Derecho secundario y su trasposición) bendecido además por la propia declaración de orden público comunitario en Asturcom. Y por tanto, puede sostenerse la ya calificada naturaleza de rango constitucional comunitario de la protección del consumidor.

Puede señalarse, como estímulo de este cambio, el Libro Verde presentado por la Comisión Europea sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001 (COM 2001 531), en el que entre otras cuestiones “*se propone introducir un sistema de regulación que: alcance un nivel lo más alto posible de protección del consumidor manteniendo, al mismo tiempo, un mínimo coste para las empresas; (...) y proporcione una seguridad jurídica y garantice su aplicación eficaz y real, especialmente en los litigios transfronterizos*”<sup>394</sup>.

Aun así es preciso advertirse que el orden público comunitario, como tal, tiene un carácter dinámico (como ha señalado la doctrina). Esto quiere decir que resultaría imposible delimitar su contenido de forma rígida, y se sometería a una continua delimitación del TJUE (como ha hecho con las normas de competencia necesarias para el mercado interior en la Sentencia Eco Swiss o la protección de los consumidores en Asturcom). Y no se descarta que el elenco de materias que forman parte de dicho orden público comunitario se amplíe con eventuales y futuras atribución de competencias a la Unión y normas en desarrollo de las mismas<sup>395</sup>. Por lo tanto no puede considerarse que sea una cuestión cerrada o que no tienda a ampliarse con el paso del tiempo (lo que dependerá de los valores esenciales de la Unión en cada momento de su desarrollo histórico).

De este modo podemos llegar a una conclusión preliminar: el Derecho europeo de consumo, y en concreto la Directiva 93/13 constituye una norma de orden público comunitario, lo que quiere decir que resulta esencial e indispensable para el cumplimiento de los fines de la Unión. En consecuencia tiene carácter imperativo y justificaría la apreciación de oficio del juez nacional. Además de ello, y en consonancia

---

<sup>393</sup> MICKLITZ, H. Y OTROS, «The court and the sleeping beauty: the revival of the unfair contract terms directive (UCTD)», cit., pp. 782-783: si la legislación nacional permite la ampliación o reapertura de un procedimiento por razón del orden público nacional, debe incluir la defensas disponibles en virtud de las disposiciones de protección del consumidor de la Unión Europea, que sustituiría al orden público nacional para ser considerado como obligatorio por los tribunales nacionales.

<sup>394</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea», 2001, fecha de consulta 2 octubre 2018, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52001DC0531>, p. 4.

<sup>395</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 159.

con las interpretaciones de algunos autores basada en tales efectos y su ubicación en los Tratados puede entenderse igualmente como una norma de rango constitucional en el sistema jurídico de la Unión Europea.

Entre otras consecuencias del carácter imperativo del Derecho de la Directiva 93/13, y como apunta la jurisprudencia que vamos a analizar, produciría el efecto directo horizontal de normas jurídicas que carecerían en principio del mismo (como la Directiva), lo que supondría una clara excepción a la aplicación general que se desprendería del art. 288 TFUE. De este modo la falta de transposición no podrá constituir una barrera para la invocabilidad de la Directiva 93/13 entre particulares. A esto se le suman los otros efectos que produce el carácter imperativo, como el deber de actuación de oficio del órgano jurisdiccional nacional.

La cualidad de orden público comunitario del Derecho de la Directiva 93/13 y sus consecuencias canalizadas a través del principio de efectividad justificaría necesariamente su estudio separado en el presente capítulo.

## II. EL DEBER DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DE INVOCAR DE OFICIO EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA COMO FACULTAD NECESARIA PARA GARANTIZAR UNA PROTECCIÓN EFECTIVA.

A partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000, y a grandes rasgos, se establece el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de invocar el carácter abusivo de una cláusula como facultad necesaria para garantizar una protección efectiva.

El deber de actuación de oficio del órgano jurisdiccional ha ido adquiriendo un matiz muy particular en el caso del Derecho europeo de consumo, diferenciándose de otras disciplinas jurídicas europeas. Tal es el supuesto planteado en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de junio de 2007, asunto C-222/05, caso Van der Weerd y otros, que establece un límite al deber de los tribunales nacionales de plantear cuestiones que no se han invocado por las partes en el transcurso del procedimiento. En el mismo, se interpretaba la facultad del juez nacional de apreciar de oficio la compatibilidad de un acto administrativo con la Directiva 85/511/CEE del Consejo, de 18 de noviembre de 1985, por la que se establecen medidas comunitarias de lucha contra la fiebre aftosa. En dicho caso se entendió que la jurisprudencia en materia de Derecho de consumo (compuesta por todos los supuestos que vamos a analizar) no era pertinente ni aplicable en relación a la referida Directiva 85/511, siempre y cuando las circunstancias del asunto no priven al demandante del procedimiento principal de la posibilidad de alegar válidamente la incompatibilidad de una disposición nacional con

el Derecho comunitario (p. 40 de Van der Weerd). Bajo el criterio del Tribunal de Justicia la jurisprudencia en materia de derecho de consumo se justificaría por la necesidad de garantizar al consumidor la protección efectiva a que se refiere la Directiva 93/13 (lo que implicaría unos presupuestos jurídicos diferenciados respecto de la Directiva 85/511).

De este modo, el principio de efectividad no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de examinar de oficio un motivo basado en una infracción de una disposición normativa comunitaria siempre y cuando las partes tengan una oportunidad efectiva de formular un motivo basado en el Derecho comunitario ante un órgano jurisdiccional nacional (p. 41 de Van der Weerd).

El planteamiento del caso Van der Weerd parece tender a una interpretación más general sobre la aplicación del principio de efectividad del Derecho comunitario. En primer lugar el Tribunal diferencia el conjunto del Derecho de la Unión (empleando la expresión “*con independencia de la importancia de esta para el ordenamiento jurídico comunitario*” para referirse a la disposición normativa correspondiente) del Derecho europeo de consumo representado por la Directiva 93/13, considerado de orden público comunitario con un fin cualificado como es la protección del consumidor<sup>396</sup> tutelado como principio esencial de la Unión Europea y por lo tanto tendría carácter imperativo<sup>397</sup>. Por ello el Derecho europeo de consumo de no vinculación de cláusulas abusivas al consumidor, al constituir un principio esencial imperativo de la Unión Europea, adquiriría un impacto diferente en los procesos nacionales, elevando las exigencias de tutela del consumidor al incluir la obligación del juez nacional de examinar de oficio el contrato suscrito entre el profesional y el consumidor (entre otros efectos). El Tribunal de Justicia parece distinguir, en Van der Weerd, que no todas las normas de Derecho de la Unión están dotadas de igual naturaleza imperativa o de orden público, con diferentes consecuencias sobre la postura activista impuesta al juez nacional<sup>398</sup>. Pero en general provoca que la elección del cauce jurídico adecuado por los Estados en sus derechos procesales internos pierda dimensión nacional porque se encontrarían parametrizados en el arquetipo de un interés público comunitario, en el que se encontraría encajado la mejor protección del consumidor<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> Y descendiendo a un artículo concreto el Tribunal de Justicia considera que el art. 6-1 de la Directiva 93/13, establecedor de la obligación de no vinculación de las cláusulas abusivas a los Estados, debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público. Así lo ha declarado en la Sentencia de 30 de mayo de 2013, caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, asunto C-488/11, p. 44. De igual forma se posicionan las sentencias de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso *Gutiérrez Naranjo*) en su p. 54 y la Sentencia *Banco Primus* (C-421/14), que analizaremos con posterioridad, en su pp. 42 y 47.

<sup>397</sup> Así lo determina PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 63.

<sup>398</sup> PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 101.

<sup>399</sup> PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, “consumer welfare” e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme», cit., 807.

En segundo lugar, el caso Van der Weerd establece un criterio claramente determinado que eximiría a los órganos jurisdiccionales de la obligación de proceder al examen de oficio, y es que las partes puedan contar con una oportunidad efectiva para formular un motivo de alegación fundamentado en el Derecho comunitario en el proceso sustanciado ante el órgano jurisdiccional nacional (p. 41 de Van der Weerd). Consideramos que se trata de un indudable criterio orientador para determinar hasta qué punto un posible obstáculo procesal permite que se invoque el Derecho de la Unión y justificaría en mayor o menor medida la intervención de oficio. Si el sistema procesal nacional establece en el seno del procedimiento un momento en el que el particular puede plantear las alegaciones en defensa de su derecho subjetivo establecido por el Derecho de la Unión, y esta alegación tiene la aptitud de repercutir en el resultado final del procedimiento habría de entenderse que tiene una oportunidad efectiva.

En cualquier caso de la propia práctica del TJUE no parece desprenderse que la aplicación de oficio del Derecho de la Unión en base al principio de efectividad sea una opción que se extrapole a todos los ámbitos del Derecho de la Unión, lo que refuerza la postura de la diferente repercusión del principio de efectividad en función de si la norma es de orden público comunitario o de rango constitucional. Para ello nos sustentamos igualmente en el asunto C-455/06, caso Heemskerk y Schaap, cuya controversia estribaba en torno a la aplicación de oficio de disposiciones del Reglamento nº 1254/1999, de organización común de mercados en el sector de la carne de vacuno en contra de disposiciones de Derecho procesal contencioso-administrativo neerlandés. El Abogado General Yves Bot en sus conclusiones de 6 de mayo de 2008 al asunto destacó que el principio de efectividad en su dimensión protectora de los derechos directamente conferidos a los particulares por el Derecho comunitario no constituye (en el marco de dicho asunto), el fundamento idóneo para decidir si el órgano jurisdiccional remitente estaba obligado a descartar una disposición procesal nacional que impedía la aplicación de oficio del Derecho comunitario (p. 122 de las conclusiones).

Por tanto se sugirió como criterio para la aplicación de oficio del Derecho comunitario por el juez nacional no sólo la toma en consideración de los intereses privados de particulares. Además la aplicación de oficio debía consistir fundamentalmente en la salvaguardia de las exigencias de interés general a nivel comunitario (p. 127 de las conclusiones). Tal punto de vista fue amparado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de la Gran Sala de 25 de noviembre de 2008, al señalar que el Derecho comunitario no podía obligar al juez nacional a aplicar de oficio una disposición comunitaria cuando tal aplicación provocase que no se aplique el principio de prohibición de la *reformatio in peius* recogido en el Derecho procesal nacional (p. 46 de Heemskerk y Schaap) ya que la lesión de tal principio vulneraría no sólo los principios de respeto del derecho de defensa, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima (p. 47 de Heemskerk y Schaap).

De este modo la actuación de oficio del juez nacional en aplicación del Derecho de la Unión fue concretado y limitado para las materias de interés u orden público comunitario.

La interpretación del Abogado General Yves Bot en Heemskerk y Schaap, amparada indirectamente por el Tribunal, sustentaría la tesis en virtud de la cual no todas las normas o actos del Derecho de la Unión están dotados de igual naturaleza imperativa o de orden público, y por lo tanto no todas generarían al juez nacional el efecto de aplicar de oficio el Derecho comunitario y en contra de lo que establezcan los respectivos Derechos procesales nacionales, siguiendo la nota de la excepcionalidad en la intervención del juez nacional de Van der Weerd. Y por lo tanto, la aplicación de oficio en base al principio de efectividad en contra del Derecho procesal nacional dependerá de la salvaguardia de las exigencias de interés general a nivel comunitario, más que de la mera aplicación del Derecho comunitario a un litigio entre particulares. Cuestión diversa sería si el individuo que acciona ante el juez nacional no ha tenido o no se le ha brindado la oportunidad de invocar útilmente normas comunitarias de carácter imperativo ante una jurisdicción ex art. 267 TFUE<sup>400</sup> (como se ha declarado expresamente para el Derecho europeo de consumo), dada la varianza de la jurisprudencia del TJUE.

Si reconocemos que el Derecho europeo de consumo recogido en la Directiva 93/13 es una cuestión de orden público comunitario, ese concepto sustentaría un hecho impeditivo que, en consecuencia y como ha sostenido la doctrina científica, puede ser apreciado por el juez de propia iniciativa si la abusividad surge de las actuaciones procesales y el demandado no se opone a ello<sup>401</sup>.

De este modo llegamos a la primera resolución que obliga a un órgano jurisdiccional nacional a proceder al examen de oficio de la abusividad de una cláusula: la Sentencia del TJUE 27 de junio de 2000, caso Océano. Este caso reviste de una especial importancia por dos razones: (1) la primera es que se trata de la primera resolución del TJUE en la que, aun no declarándose el Derecho de consumo como materia de orden público comunitario (expresamente no llegará hasta el año 2006 con Mostaza Claro) da un tratamiento de norma especial con mayor fuerza imperativa al imponerse la actuación de oficio del juez nacional en base al principio de efectividad (y en contra del Derecho procesal interno), tratándola como norma de orden público “*de facto*”. Como consecuencia de lo anterior (2) se produce una muy clara y contundente ruptura con la ya aludida en pie de página Sentencia de 7 de marzo de 1996, asunto C-192/94, caso El Corte Inglés/Blázquez Rivero, que sometía la aplicación de la Directiva 93/13 a lo ya adaptado en derecho interno al entender el TJUE que dicha Directiva carecía de efecto horizontal (p. 10 de El Corte Inglés), que no era invocable entre particulares (p. 20 de El Corte Inglés) y que la norma de los tratados que amparaba la protección del consumidor tenía un alcance limitado (p. 19 de El Corte Inglés). De hecho el desarrollo posterior de la jurisprudencia del principio de efectividad en Derecho europeo de consumo adquirirá un matiz absolutamente contrario, como vamos a detallar.

---

<sup>400</sup> PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 102-103.

<sup>401</sup> NIEVA FENOLL, J., «La actuación de oficio del Juez Nacional Europeo», *Diario La Ley*, vol. 9000, 2017, edición digital.

El caso *Océano* trae causa de un contrato de venta a plazos celebrado en España, conforme a Derecho español, de una enciclopedia ante cuyo impago se inició el correspondiente juicio declarativo (de cognición conforme a la antigua LEC de 1881 en relación con el Decreto de 21 de noviembre de 1952). El contrato contenía una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Barcelona, ciudad en la que no estaba domiciliado ninguno de los demandados. En este contexto, se dio cuenta de que la jurisprudencia nacional española era contradictoria en cuanto a la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en el marco de procedimientos relativos a la protección de los intereses de los consumidores, y se planteó cuestión prejudicial sobre si el ámbito de protección al consumidor de la Directiva 93/13/CEE permite al Juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda ante los Juzgados ordinarios.

Ante la abusividad de la cláusula de sumisión expresa se entendía que sus efectos repercutían en la imposición al consumidor de la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa la comparecencia. En los casos de litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor podrían resultar disuasorios y dar lugar a que este renuncie a interponer un recurso judicial o incluso a defenderse. Por ello una cláusula de sumisión expresa de esta índole se entendía que quedaba comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE.

De la interpretación de los objetivos perseguidos por la Directiva el Tribunal de Justicia extractó una obligación de los Estados de prever que las cláusulas abusivas no vincularían a los consumidores. Por ello el hecho de que sean ellos mismos los que tienen que plantear la cuestión del carácter abusivo, que los honorarios de los letrados sean superiores a los intereses en juego en el pleito o que incluso los propios consumidores tengan que defenderse a sí mismos se entendió, en conjunto, como circunstancias lastrantes de la correcta prosecución de los fines. Por ello, y en lo que nos interesa a efectos de nuestro estudio, se fundamentó que la apreciación de oficio del carácter abusivo de la cláusula por el Juez nacional era la vía para alcanzar una protección efectiva del consumidor en tales circunstancias (p. 26).

El Tribunal de Justicia, en el caso *Océano Grupo Editorial* -que puede considerarse como el germen de la línea jurisprudencial de Derecho de los consumidores que desemboca en el Caso *Aziz* y todas las dictadas en relación al procedimiento español de ejecución hipotecaria- constata que el sistema de tutela instaurado por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (en clara alusión a la autoridad judicial). Por tal razón, el artículo 7-1 de la Directiva exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos

celebrados entre profesionales y consumidores. Y por ello declara, por un lado, que la protección que la Directiva otorga a los consumidores implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Y que al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva (lo que debe implicar, por ejemplo, negarse de oficio a asumir la competencia para conocer de un asunto atribuido en virtud de una cláusula abusiva).

El caso comentado implica una serie de particularidades de las que irá brotando la doctrina legal del TJUE. Por un lado, que las disposiciones procesales nacionales no pueden ser aplicadas por los tribunales nacionales si no permiten la protección efectiva de los derechos conferidos por el Derecho comunitario (ya apuntado desde la S. del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, caso *Eco Swiss*) al existir una contradicción clara y manifiesta entre las normas procesales nacionales<sup>402</sup>.

La particularidad, desde el punto de vista del principio de efectividad, es que en el caso enjuiciado no había ninguna norma nacional que pudiese ser interpretada para alcanzar el objetivo de la Directiva. Así pues, se planteó la cuestión de si una Directiva que no se haya transpuesto dentro del plazo fijado para su aplicación puede ser un parámetro de legalidad de las normas internas de procedimiento, con la consecuencia de que el juez se vería impedido, en un litigio entre dos personas, a aplicar estas normas para garantizar la primacía y la aplicación efectiva del Derecho comunitario. Por ello se traería a colación, para su correcta aplicación, el principio de primacía del Derecho comunitario y el requisito de uniformidad en la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, que implica que una directiva no aplicada, una vez expirado el plazo para su aplicación, puede tener por efecto excluir la aplicación de la norma nacional incompatible, aun cuando la Directiva, debido a su falta de precisión o al carácter "horizontal" de la relación, no pueda, como tal, conferir a los particulares derechos que la Comisión no puede, por sí misma, conferir a las personas físicas<sup>403</sup>. Tal sería el andamiaje conducente a la idea de que la protección efectiva del consumidor sólo podrá lograrse si el órgano jurisdiccional nacional reconoce que está facultado para apreciar de oficio las cláusulas protegidas por la Directiva.

Por ello el TJUE, mediante el caso *Océano* extiende su doctrina de interpretación coherente (en el sentido de elegir, de entre las diferentes interpretaciones posibles de una norma interna, aquella que no conduzca a un conflicto con las normas de la UE<sup>404</sup>)

---

<sup>402</sup> STUYCK, J., «Joined Cases C-240/98 to C-244/98, *Oceano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero and Salvat Editore SA v. Jose M. Sánchez Alcón Prades et al.*, Judgment of the Full Court of 27 June 2000, nyr.», *Common Market Law Review*, vol. 38, 3, 2001, p. 725.

<sup>403</sup> *Ibid.*, pp. 725-726.

<sup>404</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89, caso *Marleasing/Comercial Internacional de Alimentación*, puntos 8 y 9: "la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber,



aunque según la doctrina conllevaba una limitación en la aplicación del efecto directo horizontal de las directivas. Donde el caso Océano sí constituye un punto de inflexión y referencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho comunitario, al interpretar el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de invocar de oficio el carácter abusivo (en el sentido de la Directiva sobre cláusulas abusivas de los contratos) de una cláusula de sumisión expresa, y por lo tanto implicarlos en una obligación activa tendente a la efectividad<sup>405</sup>. Por ello la sentencia plantea una nueva perspectiva en cuanto a la relación entre el Derecho europeo de los consumidores y las normas comunitarias en materia de jurisdicción civil, si bien no aporta ninguna aclaración en cuanto a la naturaleza de la armonización prevista por la Directiva<sup>406</sup>.

Un supuesto similar, en el que se cuestionan las normas procesales aplicables a la competencia territorial del tribunal y el domicilio del consumidor puede encontrarse en la Sentencia de 4 de junio de 2009 (asunto C-243/08, Caso Pannon GSM). Se establece el criterio de que el juez nacional deberá tener en cuenta el hecho de que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin haber sido objeto de negociación individual y que atribuye competencia exclusiva al tribunal en cuya circunscripción está situado el domicilio del profesional, puede ser considerada abusiva. Pero en cualquier caso se reafirma en la circunstancia de que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva 93/13 sólo podrá alcanzarse bajo el parámetro de una protección efectiva del consumidor si el juez nacional se encuentra facultado para apreciar de oficio dicha cláusula, de forma coherente con el caso Océano.

La doctrina jurisprudencial iniciada por Océano fue continuada con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 2002 (Caso C-473/00, Cofidis), a raíz de una reclamación de cantidad derivada de una operación de préstamo al consumo. La problemática radicaba en determinar si la protección que la Directiva otorga a los consumidores se opone a una normativa procesal interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y derivada de un contrato celebrado

---

*conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva. (...) De lo anterior se deduce que la exigencia de una interpretación del Derecho nacional conforme al artículo 11 de la Directiva 68/151 (...), impide interpretar las disposiciones del Derecho nacional (sobre sociedades anónimas) de manera tal que pueda declararse la nulidad de una sociedad anónima por motivos distintos de los que se enumeran taxativamente en el artículo 11 de la Directiva de referencia”.*

<sup>405</sup> La obligación de actividad del juez se ha interpretado igualmente extensible a la obligación de pedir clarificaciones sobre la propia calidad de consumidor. Vid. PATTI, F. P., «Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso «Faber»», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, vol. 1, 2016, p. 10.

<sup>406</sup> STUYCK, J., «Joined Cases C-240/98 to C-244/98, Oceano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero and Salvat Editore SA v. Jose M. Sánchez Alcón Prades et al., Judgment of the Full Court of 27 June 2000, nyr.», cit., p. 737.

entre ellos, prohíbe al juez nacional –expirado el plazo de preclusión– declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato.

Las partes personadas con posición activa (Gobierno francés y Cofidis) afirmaban que, al no existir en la Directiva disposiciones relativa a un posible plazo de preclusión procesal, la cuestión de la aplicación de un plazo se rige por el principio de autonomía procesal. Por lo tanto, correspondería al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que la Directiva confiere a los justiciables, observando los principios de equivalencia y de efectividad, frente a la opinión de la interpretación amplia alegada de contrario.

Recordando el caso Océano, el Tribunal de Justicia determina que la facultad reconocida al juez para examinar de oficio se consideraba necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en el riesgo de que este ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos. Por ello, en aquellos procedimientos que tengan por objeto el cumplimiento de cláusulas abusivas, incoados por profesionales contra consumidores, la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para no aplicar tales cláusulas (de oficio o por una excepción propuesta por el consumidor), se entiende que puede atentar contra la efectividad de la protección de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13. Se plantea el supuesto hipotético de consecuencias prácticas que supondría privar a los consumidores de la protección con el simple hecho de que los profesionales esperasen a que hubiese expirado el plazo señalado por el legislador nacional y solicitar a continuación el cumplimiento de las cláusulas abusivas que siguen utilizando en los contratos (p. 35).

Es así que el Tribunal de Justicia, en el caso Cofidis, consideró que una norma procesal que prohibiese al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, podía hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección a los consumidores.

En el asunto Mostaza Claro (caso C-168/05), Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006, se planteaba la cuestión de si la protección de la Directiva 93/13 puede implicar que el Tribunal nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral pueda apreciar la nulidad del convenio arbitral y anule el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor<sup>407</sup>, cuando esa cuestión se alega en un recurso de anulación no opuesto por el consumidor en susodicho procedimiento arbitral.

---

<sup>407</sup> Sobre los puntos controvertidos en el modelo arbitral español, incluyendo la declaración de abusividad de la cláusula compromisoria en el procedimiento interno vid. QUESADA LÓPEZ, P. M., «Aspectos controvertidos del arbitraje en el modelo español: independencia, imparcialidad e igualdad de las partes», en SIGÜENZA LÓPEZ, J.: GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: CASTILLO FELIPE, R. Y OTROS (coords.) *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 335-357.

El Tribunal de Justicia vuelve a aplicar el principio de efectividad en la regulación procesal. Parte de una naturaleza imperativa del art. 6-1 de la Directiva 93/13 y de sus consecuencias como norma el interés público. De este modo para abrazó la interpretación de que el órgano jurisdiccional nacional debía apreciar la nulidad del convenio arbitral y en consecuencia anular el correspondiente laudo dictado a raíz de una cláusula abusiva.

Con independencia de la muy interesante lectura bajo el principio de equivalencia (debe equipararse la revisión al orden público nacional con la adecuación al Derecho europeo) la apreciación del principio de efectividad en un contexto arbitral depende de la función que se atribuye a los tribunales arbitrales, y las múltiples opciones que pueden seguirse en el Derecho procesal interno para satisfacer el derecho europeo. Según la doctrina, si el arbitraje no se considera parte del sistema judicial, no equiparándose los efectos, en virtud del principio de eficacia el Estado miembro tiene que tener que mantener abierta la puerta a los tribunales estatales para impugnar en materia de Derecho comunitario. Sin embargo, si el arbitraje es visto como un sistema heterocompositivo totalmente equivalente a los tribunales estatales, esta necesidad adquiere un sentido diferente; pues una parte privada tiene la opción de defender sus derechos comunitarios ante el tribunal arbitral. Por ello, tanto en los casos *Eco Swiss* (C-126/97) como en *Mostaza Claro*, el Tribunal de Justicia no parece ignorar el papel que desempeña el arbitraje en la solución de controversias aplicándoles unos estándares de garantías similares a los órganos de la jurisdicción ordinaria<sup>408</sup>. Esta diferenciación de interpretación va a estar presente en la mente del Tribunal de Justicia en resoluciones posteriores, como el caso *Asturcom Telecomunicaciones*.

De este modo, el Tribunal de Justicia configura la apreciación de oficio como una facultad forzada hasta el punto de convertirla casi en una obligación, como ha sostenido la doctrina<sup>409</sup>.

### III. LA ABSOLUTA PASIVIDAD DEL CONSUMIDOR EN EL PROCEDIMIENTO NACIONAL COMO LÍMITE DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.

El principio de efectividad en materia de no vinculación de cláusulas abusivas tuvo en un primer momento importantes matizaciones en relación a la conducta procesal

---

Igualmente sobra la incompatibilidad de la normativa española vid. CABAÑAS GARCÍA, J. C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 42-43.

<sup>408</sup> LIEBSCHER, C., «Case C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 26 October 2006 ECR I-10421», cit., pp. 552-553.

<sup>409</sup> SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 448.

del deudor consumidor, que fueron diluyéndose en la jurisprudencia posterior a la Sentencia Banco Español de Crédito (de 14 de junio de 2012, C-618/10). Tales se plasman en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, caso Asturcom Telecomunicaciones. En el caso se cuestionó la demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme y no impugnado judicialmente por el consumidor al que le afectaba. El juzgado se planteó que la cláusula arbitral contenida en el contrato tenía varios elementos que determinaban el carácter abusivo de la cláusula. No obstante, desde el punto de vista del derecho interno la Ley 60/2003, de Arbitraje, no permite a los árbitros apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas arbitrales abusivas, y además la LEC no contenía ninguna disposición relativa a la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas arbitrales por el juez competente para conocer de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme. Por ello se planteó si la protección de la Directiva 93/13 permitía que el juez que conociese de una demanda de ejecución de un laudo firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, pudiese apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral y pudiese por tanto anular el laudo por estimar que dicho convenio contenía una cláusula arbitral abusiva perjudicial para el consumidor.

La doctrina destaca que el caso Asturcom es el primero en el que el TJUE analiza el alcance del principio de efectividad. En efecto, si bien en Océano no se aborda en profundidad la cuestión, y en Mostaza Claro el debate se centra sobre la equivalencia, en Asturcom se analiza si la fijación de plazos para recurrir en pos de la seguridad jurídica nacional es compatible o no con el Derecho de la Unión<sup>410</sup>.

En el caso Asturcom el Tribunal de Justicia no sólo parte de la exigencia de que la disposición procesal nacional pueda hacer imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho europeo. También la toma en consideración del lugar que ocupa la disposición en cuestión dentro del conjunto del procedimiento, desarrollo y sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales, criterio del caso Van Schijndel.

El Tribunal de Justicia consideró que el plazo que preveía el ordenamiento jurídico español de dos meses en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje española para que se determinase la firmeza de un laudo era razonable para que el consumidor ejerciese la correspondiente acción tendente a impugnar dicho laudo (acción de anulación), siendo compatible con el comentado principio de efectividad.

Por ello se entendió que el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta el punto de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no sólo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos (hecho que en esencia motivó el caso Mostaza Claro), sino tampoco suplir íntegramente una -en palabras del tribunal- absoluta pasividad del consumidor interesado que, en calidad de demandada en el procedimiento principal, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la

---

<sup>410</sup> GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, cit., p. 45.

anulación del laudo arbitral que pasó a ser firme (considerando 47 de Asturcom). De este modo se declaró que las normas procesales establecidas por el régimen español de protección de los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas no imposibilitaban ni dificultaban excesivamente el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores<sup>411</sup>. Por ello en el sentido del fallo se estableció como requisito, para la apreciación de oficio por parte del juez de las posibles cláusulas abusivas, que pueda efectuar dicha apreciación de oficio en el marco de procedimientos similares de carácter interno con arreglo a las normas procesales nacionales<sup>412</sup>.

Del caso Asturcom igualmente destaca la reafirmación del Tribunal de Justicia del principio de autonomía procesal de los Estados miembros a falta de normativa comunitaria en la materia (en el caso concreto se refería al sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada, punto 38).

Puede señalarse una clara similitud entre los razonamientos de Asturcom y Eco Swiss (C-126/97). No sólo porque consagra las dos materias de orden público comunitario de rango constitucional (Derecho europeo de consumo y el Derecho europeo de la competencia); ni tampoco porque deriven ambos supuestos de dos procedimientos arbitrales, sino porque en Eco Swiss interpreta el Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas (conforme a las cuales un laudo arbitral que no haya sido objeto de recurso de anulación dentro de plazo, adquiere fuerza de cosa juzgada y no puede ser revocado por un laudo arbitral posterior). Y tal aplicación del Derecho procesal nacional imperaba aunque el laudo arbitral era, sin embargo, nulo desde el punto de vista del artículo 81 CE (p. 48 de Eco Swiss). Es decir, aun siendo el laudo nulo por infringir o ser contradictorio con Derecho de la Unión, al no haberse impugnado (por la conducta pasiva del perjudicado en el plano del Derecho procesal interno) y consiguientemente haber devenido firme conforme a los efectos del Derecho procesal nacional, debe aplicarse favorablemente el Derecho procesal nacional sobre el

---

<sup>411</sup> De hecho plantea la doctrina, a la luz del estudio del caso Asturcom, que si el fin último de la legislación y jurisprudencia comunitaria es obtener una tutela eficaz de los consumidores y usuarios, no debe lograrse a costa de los principios cardinales que rigen el proceso de ejecución español (como cuestionar el tema de fondo en la ejecución forzosa o llevar a cabo una investigación realizada en una sede totalmente extraña a la de la ejecución, como la comprobación de la parcialidad del colegio arbitral). Vid. RUIZ MORENO, J. M., «El control ex officio iudicis de la validez del laudo de consumo en el proceso de ejecución: Una práctica errónea de las Audiencias Provinciales que ahora confirma la sentencia Asturcom Telecomunicaciones del TJUE», cit., edición digital.

<sup>412</sup> Aunque de conformidad al principio de equivalencia se interpretó que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si este es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula.

de la Unión, lo que supondría una aplicación racional y justificada del principio de autonomía procesal. Reconocer lo contrario supondría, a nuestro juicio, un atentado no sólo contra la lógica sino además contra el propio principio de seguridad jurídica, si bien y como se estudiará detenidamente tal postura del TJUE no protectora de la actitud pasiva desde el punto de vista procesal no ha sido mantenida en la jurisprudencia del mismo tribunal en materia de Derecho europeo de consumo.

#### IV. LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL PARA CALIFICAR LA CLÁUSULA CONTRACTUAL COMO ABUSIVA Y PRACTICAR DILIGENCIAS DE PRUEBA.

En las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales, la compatibilidad del Derecho comunitario no sólo se ha planteado respecto al Derecho procesal nacional interno de los diferentes Estados. También respecto a las propias normas internas de procedimiento del propio Tribunal de Justicia. Es el supuesto de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010, caso VB Pénzügyi Lízing (asunto C-137/08). Siendo el objeto principal de fondo una cuestión relacionada con cláusulas abusivas<sup>413</sup>, se puso sobre la mesa del Tribunal de Justicia la cuestión de la compatibilidad de la legislación procesal nacional -que obligaba a informar de oficio al Ministerio competente en materia de justicia- con el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia. Dicha norma establecía el deber de notificación de la decisión de suspender el procedimiento interno y someter el asunto tramitado por órgano jurisdiccional nacional al TJUE.

Sobre la concepción de que el procedimiento prejudicial europeo regulado en los artículos 267 y siguientes del TFUE se trataba de un “diálogo entre jueces” (consideramos igualmente apropiada la expresión “ósmosis jurisprudencial entre ordenamientos”, propuesta por BIAVATI<sup>414</sup>) se entendió que la obligación de información no puede considerarse una injerencia en el mecanismo de diálogo jurisdiccional establecido en el artículo 267 TFUE en cuanto a que dicho requisito no constituía un presupuesto para dicha remisión al Tribunal europeo; sin que dicho incumplimiento interno pudiese producir consecuencias jurídicas que puedan interferir en el procedimiento. Por lo tanto se entendió que el Derecho procesal nacional que establecía disposiciones adicionales en la tramitación de la cuestión prejudicial –en sede interna– en absoluto conculcaba (y consiguientemente era compatible) con el Derecho

---

<sup>413</sup> Derivado de un procedimiento de jurisdicción voluntaria reclamando el reembolso de un contrato de préstamo destinado a financiar la compra de un vehículo.

<sup>414</sup> BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit., p. 728. Para el desarrollo del concepto vid. QUERZOLA, L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, Bononia University Press, 2016, pp. 55 y ss.

procesal interno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea plasmado en el Estatuto del Tribunal de Justicia.

Descendiendo al fondo del asunto VB Pénzügyi Lízing, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre dos cuestiones que indudablemente afectan a los procedimientos judiciales internos de los Estados: por un lado que, de conformidad a las normas de tramitación de las cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE) incumbe al juez nacional pronunciarse, teniendo en cuenta los criterios de interpretación en el examen del concepto de cláusula abusiva previsto en el art. 3 de la Directiva 93/13, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso; y por otro lado la obligación del mismo juez nacional para acordar de oficio diligencias de prueba que determinen si la cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva entre un profesional y un consumidor está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 –y eventualmente apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula-.

En la motivación de éstos principios, y pronunciándose específicamente sobre la finalidad de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia (p. 51 de VB Pénzügyi Lízing) constata que con el fin de garantizar la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión, el juez nacional debe, en todos los casos y sean cuales fueran las normas de su Derecho interno, determinar si la cláusula controvertida ha sido o no negociada individualmente entre un profesional y un consumidor. De la interpretación del tenor del propio considerando se aprecia una concepción amplia en la atribución de las facultades del juez nacional sobre el estudio y conocimiento de la cuestión de la abusividad de la cláusula, sin límites ni reservas.

En virtud de la Sentencia VB Pénzügyi Lízing se incluye la obligación de los tribunales nacionales de tomar medidas o diligencias de práctica de prueba de oficio<sup>415</sup>, lo que constituye una importante objeción al principio de aportación de parte en el proceso civil. Se presumen al juez nacional, como juez aplicador del Derecho de la Unión Europea unas facultades tan amplias que le llevan a erigirse como un supremo garante de la aplicación de la Directiva 93/13, que podrían entenderse en detrimento de las propias normas de procedimiento nacionales, en un sentido contrario al posicionamiento más favorable a la integración o conciliación no intrusiva del Derecho de la Unión Europea en el nacional interno que sustentan los casos Asturcom o Van Schijndel, como hemos comprobado.

Finalmente es preciso señalar que el Derecho europeo de consumo no es el único ámbito en el que, por tratarse de una norma de orden público comunitario se produce un desplazamiento de la carga de la prueba o alteración de los estándares tradicionales. El artículo 17 de la Directiva 2014/104. El párrafo primero de dicho artículo configura una

---

<sup>415</sup> LENAERTS, K. Y OTROS, *EU Procedural law*, cit., p. 135. En palabras de SENÉS MOTILLA, M. DEL C., «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, vol. 120, 2016, (edición digital) constituye una de las manifestaciones de los poderes de actuación de oficio de los jueces nacionales atribuidas por el propio TJUE.

obligación especial dirigida a los Estados para evitar que el Derecho procesal constituya una barrera en lo que se refiere la carga de la prueba de asuntos comprendidos en el ámbito de aplicación de la misma: “*Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios*”. Esta obligación llega hasta el punto de invertir dicha carga de la prueba en el párrafo segundo del mismo artículo, presumiendo que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios, salvando el derecho del infractor a rebatir dicha presunción.

#### V. LA NO OBLIGACIÓN DEL CONSUMIDOR DE INVOCAR POR SÍ MISMO EL DERECHO. COMPLEMENTO AL CONTROL DE OFICIO.

Como ha sostenido la doctrina, el control de oficio introduce un nuevo cambio en la concepción tradicional del principio dispositivo, que nace en el TJUE y se trasplanta al resto de jurisdicciones europeas. Se pasa de la necesidad de que el litigante consumidor alegue expresamente la nulidad de la cláusula a que el juez tenga la obligación de declararla nula aunque ninguna parte lo pida o incluso antes de que nadie la pida. De lo contrario y como consecuencia se vulneraría el orden público comunitario y no operaría el llamado efecto disuasorio de las cláusulas<sup>416</sup>.

En el Derecho de consumo de la Unión europea el principio de efectividad no sólo se ha aplicado a la obligación de existencia de medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los Ordenamientos internos de los Estados miembros del art. 7-1 de la Directiva 93/13. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo ha traspuesto a los derechos establecidos en la Directiva 87/102, que tiene por finalidad aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. Así ocurre, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2007 (Caso Rampion y Godard, asunto C-429/05). Derivado de pretensión de nulidad de un contrato de venta cumplido de forma defectuosa con un contrato de crédito asociado del que igualmente se pedía su

---

<sup>416</sup> NIEVA FENOLL, J., «La actuación de oficio del juez nacional europeo», cit., p. 84. En este estudio se analiza la evolución del principio dispositivo y de aportación de parte como fruto depurado de la tradición jurídica occidental y medieval -en parte por Acio y la escuela de los glosadores de Bolonia-, como plasmación histórica del derecho a la imparcialidad judicial y del derecho de defensa. Como subraya el autor, con la revolución industrial y la irrupción de la sociedad de consumo a partir del s. XX, esta razón histórica concebida en la Edad media muta (p. 92). De este modo la necesidad ahora es diferente: se busca un proceso que restablezca la igualdad entre el consumidor y el empresario, ya que por regla general este último ostenta mayor poder económico. En tal sentido a juicio del autor la jurisprudencia del TJUE tiene su razón de ser en el hecho de que privilegiando más a una parte, se evita que la parte más poderosa se apropie totalmente del proceso (escenario en el que el consumidor quedaría desprotegido).



resolución por incumplimiento, el Tribunal de Justicia insiste en el principio de protección efectiva del consumidor por el juez nacional ya afirmado en las Sentencias *Océano y Mostaza Claro*. Por ello interpreta que el artículo 11-2 de la Directiva 87/102 (reglamentador de las condiciones para que el contrato de crédito no afecte a los derechos del consumidor), persigue la finalidad de atribuir al consumidor en determinadas ocasiones, respecto del prestamista, derechos adicionales en relación con los que normalmente tendría contra él y contra el proveedor de los bienes o servicios.

De este modo valoró el Tribunal de Justicia en *Rampion y Godard* que el objetivo del art. 11-2 de la Directiva 87/102 no podría alcanzarse efectivamente si el consumidor tuviera que encontrarse en la obligación de invocar por sí mismo el derecho a dirigirse contra el prestamista en virtud de las disposiciones del Derecho nacional francés que adaptaban el ordenamiento jurídico interno a dicho artículo, debido al riesgo de que el consumidor ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercerlos (p. 65). En base a este criterio de alcance efectivo del derecho, el Tribunal de Justicia consideró que el comentado artículo de la Directiva 87/102 debía interpretarse en el sentido que el consumidor, a la hora de dirigirse contra el prestamista, no podía encontrarse supeditado a la condición de que la oferta previa de crédito mencione el bien o la prestación de servicios financiados; permitiendo de igual modo al órgano jurisdiccional nacional aplicar de oficio las disposiciones que adaptan el Derecho interno comentado art. 11-2.

#### VI. LIMITACIÓN DEL DEBER DE ACTUACIÓN DE OFICIO CUANDO OBLIGA AL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL A SALIR DE LOS LÍMITES DEL DERECHO PROCESAL NACIONAL, LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS DETERMINADOS POR LAS PARTES.

La interpretación de la idea de efectividad del Derecho de la Directiva 87/102 vuelve a manifestarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2009 (Caso *Martín Martín*, asunto C-227/08). Derivado de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Salamanca, se orientaba a cuestionar la supuesta nulidad del contrato de crédito al consumo de la demandante, pues no se la informó de su derecho de revocación en el plazo de siete días contados a partir de la recepción de la mercancía, ni tampoco de los requisitos y consecuencias del ejercicio de ese derecho. A pesar de las dudas planeadas por la Audiencia Provincial la demandante no puso de relieve ninguna de tales circunstancias en el proceso sustanciado en primera instancia, pues la legislación española de consumo exigía que fuese el consumidor quien solicitase la declaración de nulidad del contrato celebrado en infracción de los requisitos, mientras que el proceso civil español se regía por el principio de justicia rogada, en virtud del cual el juez no puede apreciar de oficio los hechos, las pruebas y

las pretensiones que las partes no hayan planteado (entre otros plasmado por el art. 218 LEC).

En este sentido, señaló el Tribunal de Justicia que el art. 4 de la Directiva 87/102 establecía la obligación de información del comerciante al consumidor -norma que a juicio del juzgador europeo ocupaba un lugar central en la estructura general la Directiva- se configuraba como garantía esencial de un ejercicio efectivo del derecho de revocación y, por tanto, del efecto útil de la protección de los consumidores a la que aspira el legislador comunitario (p. 27 de Martín Martín). Es por ello por lo que, con independencia del establecimiento del principio de justicia rogada en la LEC española como esencial del Derecho procesal civil español el Tribunal de Justicia finalmente se pronunció en el sentido de que interpretar el art. 4 de la comentada Directiva no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda declarar de oficio la nulidad de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva si no se cumple con la obligación de información al consumidor de su derecho de rescisión, aun cuando este no haya invocado en ningún momento esa nulidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes (como en el comentado caso, donde no se invocó tal circunstancia de nulidad ni en el monitorio ni el consiguiente declarativo sustanciado en primera instancia).

Destacan las interpretaciones del Tribunal de Justicia en Martín Martín en relación con los límites procesales de la actuación de oficio ante el juez, con claras repercusiones en el principio de efectividad. Además de la voluntad de las partes en determinados casos (el órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto también debería tener en cuenta, en determinadas circunstancias, la voluntad del consumidor de que no se anule el contrato controvertido, p. 35) declara que el Derecho de la Unión Europea no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales el deber de actuar de oficio por un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, cuando el examen de este motivo les obligaría a salirse de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes, basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que fundó su demanda la parte interesada en la aplicación de dichas disposiciones (p. 19), lo que puede entenderse que la actuación de oficio debería interpretarse de conformidad con la arquitectura del proceso interno en cuestión (con especial referencia a los momentos procesales en los que se plantean las alegaciones, con clara influencia del principio dispositivo).

La limitación del poder del juez nacional que le conferiría el principio dispositivo estaría justificada por el principio según el cual la iniciativa en un proceso corresponde siempre a las partes y, por ello, el juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales, en los que el interés público exige su intervención. Desde nuestro punto de vista esta interpretación limitativa, que puede conectarse con la excepcionalidad del análisis del principio de efectividad, debe reservarse para claras obstaculizaciones procesales en los que, atendiendo al curso y regulación del Derecho procesal nacional, existe una imposibilidad real para el consumidor de alegar la abusividad de la cláusula y su consiguiente no vinculación, y siempre como una vía residual. En el caso Martín

Martín, como hemos analizado, se entendió que estaba justificada, dadas sus connotaciones de interés público, para el ejercicio efectivo del derecho de revocación.

VII. LA SUPUESTA LESIÓN AL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DADA POR LA EXISTENCIA DE UN RÉGIMEN PROCESAL QUE NO PERMITA AL JUEZ, “AUN DISPONIENDO DE TODOS LOS ELEMENTOS DE HECHO Y DERECHO”, EXAMINAR DE OFICIO EL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS. CRÍTICA AL CASO BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO.

Por lo expuesto en el epígrafe anterior resulta inexplicable, en nuestra opinión, el posicionamiento del Tribunal de Justicia de la Unión en el caso que vamos a exponer. Con especial importancia puede resaltarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012, caso Banco Español de Crédito (asunto C-618/10), cuyas valoraciones sobre el principio de efectividad en relación al conocimiento limitado del juez en determinados procedimientos del Derecho procesal español constituye la antesala casi inmediata de la sentencia Aziz.

El litigio se derivaba de un proceso monitorio español, instado con fundamento en una póliza de contrato de crédito para adquirir un vehículo, en el que el juez que conocía de dicho proceso monitorio (Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell) constató que el contrato controvertido era de adhesión por haberse celebrado sin posibilidades reales de negociación y declaró de oficio la nulidad de pleno derecho por abusividad de la cláusula de intereses moratorios controvertida, requiriendo además a la entidad bancaria el recalcular el importe de los intereses para el período que se discutía. En estas circunstancias la entidad prestamista recurrió, y la Audiencia Provincial de Barcelona constató que la normativa española vigente en el momento sobre protección de los intereses de los consumidores y usuarios no facultaba a los jueces que conocían de procesos monitorios a declarar de oficio, *limine litis*, la nulidad de las cláusulas abusivas, ya que la legalidad de tales cláusulas debía ventilarse en el correspondiente proceso declarativo que permitía el Derecho procesal interno, que únicamente se debía iniciar en caso de oposición del deudor (regulada en la redacción anterior del art. 815 LEC). Además de ello, a juicio de la propia Audiencia Provincial el Reglamento nº 1896/2006, regulador del proceso monitorio europeo, no establecía un procedimiento de control de oficio e *limine litis* de las cláusulas abusivas, como aplicó el juez que conocía del asunto en primera instancia. Por ello fueron planteadas sendas cuestiones prejudiciales orientadas, entre otros aspectos, al pronunciamiento de oficio y *ab limine litis* y en cualquier fase del proceso, sobre la nulidad o no y la integración o no de una cláusula abusiva.

De entrada criticamos la cuestión prejudicial planteada por la propia Audiencia Provincial de Barcelona, al no ajustarse al principio de interpretación conforme. En base al mismo, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tomar en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por este, incumbiéndoles la carga de hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta<sup>417</sup> (c. 27 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2012, Caso Dominguez, Asunto C-282/10). De hecho el principio de interpretación conforme es recordado por la propia Sentencia Banco Español de Crédito, en su considerando 72, al declarar que incumbe al tribunal remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 6-1, de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta, por ejemplo, limitándose a dejar la cláusula en cuestión sin aplicación frente al consumidor.

Destacamos la importancia de la necesidad de un intento de integración previa del Derecho procesal nacional a través del principio de interpretación conforme, en base al cual la norma debe ser interpretada en la medida de lo posible a la luz y letra del Derecho europeo. En tal tesitura el juez nacional, ante una disposición normativa nacional que aparentemente resulte incompatible con el Derecho sustantivo de la Unión o sus principios generales podría llegar a abstenerse de aplicar la disposición normativa nacional de la que pueda desprenderse sin estar obligado siquiera a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo, como hemos visto antes. Ello supondría que la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE sería meramente facultativa, una vez el órgano jurisdiccional interno estime dicha incompatibilidad y el principio de interpretación conforme resulte imposible y sea descartado (Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, caso Küçükdeveci, p. 53). No obstante, destacamos que la reciente jurisprudencia del TJUE (Sentencia de la Sala Quinta de 4 de octubre de 2018, asunto C-416/17, caso Comisión/Francia) se orienta a la obligatoriedad de plantear cuestión prejudicial al TJUE, a pesar de la interpretación de las disposiciones de Derecho de la Unión que pudiese realizar el órgano jurisdiccional, siempre en pos de impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se atenga a las normas del Derecho de la Unión.

---

<sup>417</sup> La interpretación conforme se erige sobre la idea de que, cuando un órgano jurisdiccional nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares estaría obligado, al aplicar las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una Directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta. Vid. Sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, apartado 111, de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, p. 119, y de 27 de febrero de 2014, OSA, C-351/12, p. 44.

En lo que a nuestro estudio respecta, centrándonos en el principio de efectividad en la regulación procesal de los Estados miembros, podemos destacar cómo el caso Banco Español de Crédito implica una clara incursión o *razia* del Derecho comunitario de consumo en el procesal civil español. Anticipamos que ofreció una interpretación excesivamente amplia de dicho principio de efectividad, aspecto que abonó sin duda el terreno sobre el que se erigiría la Sentencia Aziz.

Sobre la apreciación de que el sistema procesal español no permitía al juez que conociese del proceso monitorio examinar de oficio ni *limine litis* el carácter abusivo de la cláusula ni pronunciarse sobre si la cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público (p. 48 de Banco Español de Crédito), el Tribunal de Justicia valoró que el fin esencial del proceso monitorio español era garantizar a los acreedores un acceso más fácil a la justicia y un desarrollo más rápido del procedimiento. Por esta razón la legislación procesal española sólo exigía, como requisitos para admitir a trámite la reclamación inicial de un proceso monitorio la constancia de la acreditación de la existencia de la deuda, sin obligar a precisar con claridad el tipo de interés de demora, el periodo de exigibilidad o el punto de referencia en relación con el interés legal del dinero o el establecido por el Banco Central Europeo. Es decir, la competencia para el conocimiento del juez nacional español de un proceso monitorio en base a los arts. 814-1 y 818-1 de la LEC española comprendía exclusivamente una comprobación formal para iniciar el procedimiento, en cuyo caso deberá dar curso favorable a la solicitud o petición inicial de proceso monitorio y dictar un requerimiento de pago, en su caso, con carácter ejecutivo (p. 52 de Banco Español).

Entendemos que llegados a este punto las valoraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueden ser realmente confusas, puesto que el requerimiento de pago “con carácter ejecutivo” no revestía de tal carácter *per se*, ni ostentaba la condición de título ejecutivo a los efectos de la legislación procesal española (ex art. 517 LEC), salvo el caso de incomparecencia del deudor, en cuyo caso el acreedor quedaba facultado para instar el despacho de ejecución (art. 816 LEC). No obstante el requerimiento de pago en el proceso monitorio no sólo adolece de naturaleza ejecutiva, sino que además no pone fin al procedimiento al encontrarse asociado a la admisión a trámite de la petición (art. 815-1 LEC), pudiendo el requerido consumidor desproveerse de su situación desfavorable en el proceso simplemente presentando escrito de oposición dentro de plazo, en cuyo caso el asunto se resolvería definitivamente en el juicio que correspondiese (art. 818-1 LEC). Tales circunstancias deberían haber bastado al juzgador europeo para entender que la legislación procesal española del proceso monitorio imperante en el momento no lesionaba ni atacaba el principio de efectividad entendido en su conjunto, pues en el mismo seno del procedimiento judicial el consumidor podía ejercer sus derechos mediante la oposición –que en el tenor del momento en el que se sustanció el procedimiento no se encontraba limitada en el planteamiento de alegaciones por parte del consumidor, pudiéndose incluir la vulneración del propio Derecho comunitario de consumo– sin que encontrase mayores

cortapisas ni avanzase la supuesta “ejecutividad” del requerimiento de pago, de finalidad meramente admonitoria.

Por lo tanto hubiese estado más que justificada la aplicación en el caso Banco Español de Crédito de la doctrina de la Sentencia Asturcom (C-40/08) ampliamente citada en cuerpo de la Sentencia Banco Español de Crédito: no se puede exigir a un órgano jurisdiccional suplir la absoluta pasividad del consumidor interesado que, en calidad de parte demandada, no participa en el procedimiento en el que se dilucida su derecho en base al Derecho europeo de consumo mientras tal procedimiento no sea firme. Y en el procedimiento monitorio español el momento procesal para debatir la efectividad de la supuesta cláusula abusiva que fundamenta la pretensión de la parte actora es la oposición del deudor, sin que de ello deriven mayores cargas procesales para el deudor ni revierta en la ejecutividad. De hecho incluso el fuero de competencia territorial configurado en la ley para el proceso monitorio (art. 813 LEC) es el Juzgado del domicilio del deudor, salvo dos excepciones que en nada entorpecen el curso proyectado en la Ley y la jurisprudencia europea para la correcta aplicación del derecho de consumo<sup>418</sup>.

A pesar de todo ello el Tribunal de Justicia considera que los artículos 815 y 818 de la LEC española, aún con el trámite de oposición sin límite de argumentos jurídicos —subrayándose la necesidad de que el trámite vaya firmado por abogado y procurador en cuantía superior a dos mil euros— no permitía expresamente examinar de oficio —*limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— la procedencia de la demanda fundada en un contrato con una cláusula supuestamente abusiva. Por ello se declaró que un régimen procesal de esta naturaleza, al no permitir que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio (“aun cuando disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios”), pudiese examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando dicho consumidor no hubiese formulado oposición (insistimos, trámite sin ningún tipo de limitación o restricción respecto a la libertad de plantear argumentos jurídicos), podía menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13. Y para ello el Tribunal de Justicia consideró aplicable la doctrina plasmada en el caso Cofidis.

Entendemos que la aplicación de la doctrina jurisprudencial plasmada en el caso Cofidis podría resultar injustificada, errónea o inconexa. Los presupuestos habilitados por las distintas regulaciones procesales nacionales son manifiestamente diferentes: mientras que en el caso Cofidis la legislación procesal francesa fijaba un límite de tiempo de carácter preclusivo para que se desarrollase la facultad del juez tendente a la no aplicación de las cláusulas abusivas radicadas en el contrato, privando efectivamente a los consumidores de dicha protección (entendiendo el propio Tribunal de Justicia que la expiración del plazo era el factor que hacía excesivamente difícil la

---

<sup>418</sup> Que no se conozca el domicilio del deudor, en cuyo caso se le requerirá donde pudiese ser hallado, y en el caso de deudas derivadas de comunidades de propietarios, ambas previstas en el art. 813.

aplicación de la protección de la Directiva en los términos del principio de efectividad) en la regulación procesal española enjuiciada en el caso Banco Español de Crédito no se establecía ninguna limitación de tal naturaleza. La interpretación de la Audiencia Provincial de Barcelona era que la normativa española sobre protección de los intereses de los consumidores y usuarios no facultaba a los jueces del proceso monitorio para declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas, debiendo ventilarse en el correspondiente proceso declarativo en el caso de que se iniciase una oposición a manos del deudor.

Pero no podemos obviar que la posición del legislador nacional español no era la de regular de forma limitada los derechos de defensa del consumidor en el proceso monitorio, sino que mediaba una ausencia de legislación expresa. Entendemos que en base al principio de interpretación coherente, apuntada en el caso Océano (considerandos 30-32) el juzgador que aplique el Derecho procesal nacional ha de elegir, de entre las diferentes interpretaciones posibles de la norma interna, aquella que no conduzca a un conflicto con las normas de la UE. Y al establecer la Directiva 93/13 el deber de los órganos jurisdiccionales de invocar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, el juez al aplicar las disposiciones de Derecho nacional debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, de conformidad con la Directiva, de tal manera que puedan ser aplicadas de oficio, como hizo el juez de primera instancia de Sabadell en la tramitación en primera instancia del pleito que originaría el caso Banco Español de Crédito.

Entendemos que la existencia de un vacío o laguna legal o no regulación expresa en la legislación procesal nacional de los Estados miembros (y en el caso que estudiamos además española) no contraviene el principio de efectividad de los cauces jurídicos necesarios para garantizar el Derecho a la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por Derecho europeo; ya que puede cubrirse fácilmente y en atención a criterios establecidos por el propio Tribunal de Justicia siempre que se complemente con una adecuada interpretación coherente con el Derecho de la Unión Europea. De lo contrario se llegaría al absurdo de declarar contrario a Derecho de la Unión cualquier procedimiento judicial interno que no permitiese expresamente la intervención del juez de oficio en materia de la aplicación de la Directiva 93/13, lo que supondría una poco aceptable interpretación del principio de efectividad a nuestro juicio, que consideramos poco respetuoso con el principio de la competencia de atribución y por ende ultraextensivo.

En este sentido consideramos claramente aplicable la doctrina del caso Unibet (C-432/05): la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en el Ordenamiento jurídico comunitario no exige que en el ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales el Derecho Europeo; siempre que existan otros cauces procesales efectivos que permitan apreciar con carácter incidental dicha compatibilidad (párrafo primero del fallo de Unibet). Por ende, si el Ordenamiento jurídico-procesal español permite un cauce procesal efectivo que permite

la plena aplicación del Derecho de la Unión Europea al caso concreto (como es la oposición a la ejecución del proceso monitorio por parte del consumidor, que reviste además de naturaleza incidental), entendemos que debe primar el principio de autonomía procesal, pues en nada se obstaculiza la correcta aplicación del Derecho de la Unión. Una interpretación contraria a la doctrina establecida por Unibet provocaría que todos los Ordenamientos procesales europeos que expresamente no estableciesen una acción o incidente autónomos que permitiesen el control de oficio en todos los procesos de tutela rápida del Derecho de crédito o monitorios fuesen instantáneamente contrarios al Derecho de la Unión Europea.

De hecho, una circunstancia que debe tenerse en cuenta estribaría en el hecho de que mediante el establecimiento del deber de actuación de oficio del juez nacional en momentos prematuros del proceso, se adelantaría al momento de la actuación de oficio el enjuiciamiento sobre el fondo, en lugar de esperar al momento procesal oportuno (como es la oposición al requerimiento). En cualquier caso, la doctrina especializada interpreta que el examen de oficio en el proceso monitorio no tiene necesariamente por qué llevarse a cabo *limine litis* o en fase de admisión, sino que podría llevarse a cabo en cualquier otro momento o fase del procedimiento<sup>419</sup>.

Es necesaria una interpretación en este sentido, ya que por la misma peligrosa lógica todos los procesos judiciales regulados en los Derechos procesales europeos tendentes a la declaración o cognición del derecho subjetivo que en cuya fase de admisión a trámite no recogiesen el trámite de denegación de oficio de la competencia serían contrarios al Derecho plasmado en la Directiva 93/13<sup>420</sup>. Y como hemos señalado, la admisión a trámite no es la fase procesal en la que se despliegan todos los esfuerzos de las partes tendentes a la alegación y prueba. Ahí radica la necesidad de comprobar el contorno y plenitud de vías establecidas en el Derecho procesal interno, así como todas las fases del procedimiento enjuiciado, como se apunta en la Sentencia Van Schijndel.

De hecho la opinión de la abogada general Trstenjak, presentadas en sus conclusiones de 14 de febrero de 2012 al asunto C-618/10, consideraban que el proceso monitorio español no vulneraba el principio de efectividad, dada la participación del consumidor en el procedimiento<sup>421</sup>. Por ello consideraba aplicable la doctrina del Caso

---

<sup>419</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las exigencias procesales europeas», cit., pp. 59 y 63, quien lo plantea en relación al art. 552-1 de la LEC española y del proceso monitorio. Aun así, en relación al proceso monitorio, el autor plantea que la reforma acometida por el legislador español ha sido incluir el examen de oficio en la admisión a trámite de la petición inicial del proceso monitorio.

<sup>420</sup> De hecho se declara que declarar que, al no existir armonización de los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal, ya comentado.

<sup>421</sup> Como ha criticado la doctrina en relación a este asunto, debería ser un punto de partida para el juez aplicador del Derecho comunitario que la propia aplicación de oficio por parte del juez intérprete del Derecho de la Unión no puede ignorar *sic et simpliciter* los principios y las reglas procesales nacionales, que son la base de los mismos procedimientos nacionales establecidos para la parte, así como las correspondientes prohibiciones establecidas contra el juez. Vid. PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 94-95.



Asturcom respecto a la posición del consumidor en el proceso y la posibilidad de su participación, advirtiendo que sólo cuando el Derecho procesal nacional no respete los principios de efectividad y equivalencia se estaría conculcando el Derecho de la Unión Europea, pero que la reforma del proceso monitorio nacional es algo a lo que sólo puede responderse en caso de que el procedimiento nacional en cuestión no respete los principios de equivalencia y efectividad (p. 61 de las conclusiones).

Y en el caso del proceso monitorio español la abogada general Trstenjak parte de una inexistencia de violación al principio de efectividad por el proceso monitorio español respecto a la obligación de los estados de establecer medios adecuados y eficaces del art. 7-1 de la Directiva 93/13. La obligación de un juez nacional de examinar exhaustivamente y de pronunciarse *limine litis* sobre la nulidad de una cláusula abusiva tendría efectos que desbordarían el propio sistema jurídico-procesal, en tanto que se protegería al consumidor incluso antes de que dictase una resolución con efecto de cosa juzgada en relación con el crédito pecuniario. Y es que el proceso monitorio español garantiza la tutela jurídica del consumidor, dependiendo dicha tutela de que el consumidor, en tal proceso monitorio, manifieste su voluntad de defenderse jurídicamente (por el mecanismo de la oposición).

Por ello la abogada general Trstenjak recuerda que el propio Tribunal de Justicia ha considerado acorde con las exigencias de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 que una intervención positiva del juez nacional para corregir el desequilibrio entre el consumidor y el profesional se hiciese depender del consentimiento del consumidor (como en el caso Pannon GSM, en el que a la hora de referirse a la obligación del juez nacional de inaplicar cláusulas por considerarlas abusivas, ello resultaría «salvo si el consumidor se opone»)<sup>422</sup>. Recordando la doctrina de la sentencia Martín Martín que limita la intervención de oficio cuando obliga al juez nacional a salirse de los límites del litigio, y la Asturcom que no obligaba al órgano jurisdiccional nacional si la actitud del consumidor había sido de absoluta pasividad en la anulación del procedimiento nacional con el profesional, llega a una afirmación que consideramos fundamental para entender el principio de efectividad aplicado al proceso interno: y es que este debe ofrecer al consumidor la posibilidad de decidir autónomamente si quiere acogerse al amparo que les ofrece el Derecho de consumo en un procedimiento civil caracterizado de manera decisiva por el principio de soberanía de las partes.

La tesis de aplicación de la mínima actividad y respeto de los cauces jurídicos nacionales en el proceso ha sido avalada por la doctrina. Por ello HERRERO PEREZAGUA propone que una fórmula idónea para aplicar el deber de control de oficio de las cláusulas abusivas que impone el principio de efectividad pero a su vez ser respetuoso con la configuración española (y adicionalmente transnacional europea, del Reglamento nº 1896/2006) del proceso monitorio. Y esta sería que el juez acometiese el control de oficio sólo en el caso de rebeldía procesal, en el que el deudor ni pagase ni se opusiese (dictándose por tanto el Decreto del Letrado de la Administración de Justicia

---

<sup>422</sup> PALMA, G., «Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore», cit., p. 1150.

con fuerza ejecutiva). Si se concluyese que las cláusulas examinadas no son abusivas, el asunto quedaría resuelto con eficacia de cosa juzgada y el título ejecutivo creado sin que se pudiera reprochar nada a este respecto<sup>423</sup>.

No pueden reprocharse las valoraciones de la abogada general Trstenjak (puntos 67-75 de las conclusiones en Banco Español de Crédito): en su interpretación, el Tribunal de Justicia de la Unión tiene en cuenta que el consumidor puede tener interés en el caso concreto en que se mantenga la cláusula controvertida -por ejemplo, en el supuesto de un acuerdo de elección de foro, si el consumidor quiere que el procedimiento se desarrolle en el lugar previsto en la cláusula-; y en sentido contrario, el Tribunal de Justicia tiende a tomar en consideración una renuncia del consumidor a la defensa de sus derechos (sentencia Asturcom Telecomunicaciones), por lo que una intervención positiva del Poder Judicial para proteger a los consumidores frente a un clausulado abusivo sólo debería llegar hasta los límites permitidos y trazados por el propio Derecho nacional (con la excepción planteada en la Sentencia Martín Martín, esto es actuación de oficio en casos excepcionales en los que el interés público justifique la intervención). Por todo ello entiende que el efecto útil de la Directiva 93/13 no se ve mermado ni el principio de efectividad vulnerado por el proceso monitorio nacional español, pues sería suficiente con dar al consumidor contra el que se solicita la expedición de un requerimiento de pago (como ocurre en general en los procesos monitorios nacionales) la oportunidad de defenderse jurídicamente formulando su oposición, imponiendo el art. 7-1 de la Directiva 93/13 simplemente la habilitación procedimientos que tomen en consideración en igual medida los intereses de las dos partes del contrato.

En definitiva: en el proceso monitorio español analizado por el TJUE en el caso Banco Español de Crédito el consumidor contaba con una oportunidad efectiva para formular en el proceso un motivo de alegación fundamentado en el Derecho comunitario ante el órgano jurisdiccional (en el sentido del p. 41 de la Sentencia del asunto C-222/05, Van der Weerd). Tal oportunidad efectiva era la oposición del deudor del art. 818 de la LEC española.

En lugar de ello, el Tribunal de Justicia declara que el régimen procesal establecido en la LEC española para el proceso monitorio, al no “permitir” que el juez

---

<sup>423</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio.», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 45, 2018, edición digital. De hecho, tras la Sentencia Finanzmadril (C-49/14) se deduce que si el examen de adecuación de las cláusulas a la Directiva 93/13 hubiese sido posible en la sustanciación del proceso monitorio no sería obligatorio para el Estado miembro volver a evacuarla en el proceso de ejecución. Por lo tanto debe interpretarse que el debate se restringe a los supuestos en los que el examen no ha sido posible, Vid. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, cit., p. 66. Teniendo en cuenta todo lo dicho la doctrina admite ampliamente la posibilidad de que el juez pueda ejercer el poder de detección y declaración de nulidad incluso en presencia de un consumidor rebelde, ausente o silente por la propia decisión de no constituirse en parte procesal a causa de la condena en costas u otras causas (lo que podría limitar la finalidad de la normativa de tutela del consumidor). Vid. TINTO, V., «Il potere del giudice di rilevazione della nullità di protezione», *Diritto del commercio internazionale*, vol. XXV, 2011, p. 585.

que conociese del asunto, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio ni al comienzo del proceso “ni en ninguna fase del procedimiento” el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, “menoscababa” la efectividad de la protección que pretendía garantizar la Directiva 93/13 (p. 93 de Banco Español de Crédito). En definitiva, que la protección que persigue la Directiva 93/13 no se consigue si el control se hace depender de su alegación por el consumidor<sup>424</sup>.

En general puede dar la impresión de que el juzgador comunitario no ha entendido bien el encaje del proceso monitorio español en el sistema comunitario de protección del consumidor ni la sucesión de sus fases. El resultado fue la defectuosa readaptación de la admisión de la petición del proceso monitorio, introduciendo el incidente –cual especie invasora por su asistemática– en fase de admisión del art. 815-4 LEC para examen de oficio de cláusulas abusivas por el juez<sup>425</sup>. No es que el procedimiento no “permita”: con más precisión, como ya hemos aludido, no es que no permita sino que no regula expresamente. Hay una laguna que no entorpece la aplicación del Derecho subjetivo comunitario a partir de criterios interpretativos sentados por el propio Tribunal de Justicia. No es que se impida examinar de oficio en ninguna fase del procedimiento, pues, como ya hemos comentado, el proceso monitorio se transforma en un proceso declarativo revestido de las plenas garantías procesales, que permite la invocación de todo tipo de alegaciones y pruebas. Por otra parte el trámite de oposición del deudor regulado en el art. 818 no menoscaba la efectividad en cuanto que

---

<sup>424</sup> GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, cit., p. 71.

<sup>425</sup> La poca lógica de la Sentencia Banco Español de Crédito a la que antes nos referimos implicó que la adaptación del Ordenamiento procesal español a la Sentencia fuese lenta, no llegando hasta la Ley 42/2015, de 5 de octubre (art. único 76), con problemas de interpretación en sede parlamentaria. Así se puso de relieve en la tramitación parlamentaria de la misma. Así, por ejemplo, la enmienda nº2 a Proyecto de Ley 42/2015 del Grupo Parlamentario Socialista, planteaba que el establecimiento de una vista obligatoria pudiese implicar un trámite innecesario (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 9 de junio de 2015, Núm. 133-2, p.23). En su contestación en el debate de totalidad en la Comisión de Justicia se destacó que la reforma “está respondiendo a una obligación de adaptar la normativa española al Derecho europeo” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente. Año 2015 X Legislatura Núm. 272, de 16/04/2015, p. 121). La doctrina ha puesto de relieve las deficiencias y defectos de importancia de la reforma a la que obliga la jurisprudencia europea, pues se obliga a controlar *ab initio* del proceso la eventual existencia de cláusulas abusivas, con el problema de determinar cuándo existe una relación de consumo como base para la reclamación de la deuda, lo que reviste de gran dificultad en el estadio inicial del proceso. Vid. JIMÉNEZ CONDE, F., «El proceso monitorio tras las reformas de 2015», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: SIGÜENZA LÓPEZ, J.: TOMÁS TOMÁS, S. Y OTROS (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 106. La doctrina española igualmente ha criticado la alteración de la lógica procesal básica y la operatividad misma del procedimiento entre el galimatías de trámites, reivindicando una remisión más correcta a la técnica monitoria. Vid. BONET NAVARRO, J., «Monitorio y juicio verbal para sustanciar la oposición conforme a la Ley 42/2015, de 5 de octubre», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 2016, 8810, 2016, edición digital y BONET NAVARRO, J., «La oposición en el procedimiento monitorio tras la necesaria reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: SIGÜENZA LÓPEZ, J.: TOMÁS TOMÁS, S. Y OTROS (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, pp. 166-167.

se trata del mecanismo articulado por la legislación procesal española en el que se puede sin mayores limitaciones, ejercer el Derecho europeo (como advirtió la propia abogada general) y articular las alegaciones basadas en la Directiva 93/13 sin mayores límites y de conformidad al derecho de defensa<sup>426</sup> y seguridad jurídica.

De hecho la dificultad de la adaptación de la sentencia Banco Español de crédito ha sido puesta de relieve por la doctrina, ya que quedó afectada la propia estructura del proceso monitorio. Se adelantó la posibilidad del contradictorio a un estadio previo al requerimiento de pago, pero limitando el objeto de lo que se somete a examen en el incidente, ya que el deudor no puede alegar motivo alguno de oposición (formal o de fondo). La lógica procesal es que lo único que debería preceder al requerimiento de pago es el juicio de admisibilidad de la petición. Este juicio debería limitarse a la concurrencia de los presupuestos de carácter general (relativos al órgano y a las partes), de los que afectan a la adecuación del procedimiento (la naturaleza de la obligación) y a la suficiencia del principio de prueba<sup>427</sup>.

Por ello resulta inexplicable el supuesto hipotético planteado por el Tribunal de Justicia en el punto 55 del Caso Banco Español de Crédito, de cómo bastaría con que los profesionales presentasen la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario “para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13”; en tanto que resultaría contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (en alusión a la Sentencia Pannon GSM, c. 34, ya comentada). Volvemos a recalcar que en el procedimiento declarativo ordinario que contempla el Derecho procesal civil español y con el que se compara en perjuicio del mismo al proceso monitorio tampoco prevé la actuación de oficio del juez ni *in limine litis* ni en el resto del procedimiento (al margen de las alegaciones de parte en sede de contestación a la demanda o la oposición, como también ocurre en el proceso monitorio).

De ahí que surjan voces críticas que denuncien que la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de consumidores no parece solo limitada a la finalidad de interpretar la norma europea y la adecuación de la norma interna a la Directiva 93/13,

---

<sup>426</sup> Frente al criterio de algunos autores quienes, sin fundamentos en relación al proceso monitorio español, han defendido la postura del Tribunal de Justicia en el caso Banco Español de Crédito al considerar que dicho proceso patrio estaba caracterizado por una “ausencia de un procedimiento contradictorio entre las partes” (*En effet, l'affaire en cause étend le devoir du juge national d'effacer une clause contractuelle abusive entre le professionnel et le consommateur aux procédures d'injonction de payer, caractérisées par l'absence de contradictoire entre les parties*), aspecto que claramente discutimos y contra argumentamos en el presente trabajo. Vid. LO SCHIAVO, G., «Droit européen de la consommation. Arrêt «Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino»», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, vol. 3, 2012, p. 568.

<sup>427</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las exigencias procesales europeas», cit., p. 63.

sino que parece imponer a los órganos jurisdiccionales españoles la obligación de actuar para conseguir los resultados de la Directiva (y en concreto el principio de no vinculación del art. 6-1 de la misma) con independencia de las previsiones legales de Derecho procesal interno que limitan su actuación<sup>428</sup>.

En base a todo lo expuesto el TJUE declaró que la normativa española (arts. 812, 815 y 818 LEC) no resultan conformes con el principio de efectividad, porque consideran que “hace imposible o excesivamente difícil”, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos (c. 56 y de Banco Español de Crédito). La interpretación final arrojada es que la Directiva 93/13 debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, “aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto”, examine de oficio —ni en su estadio inicial ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, incluso cuando este último no hubiese formulado oposición.

Hemos criticado los fundamentos de la motivación del Tribunal de Justicia en lo que se refiere al establecimiento de deberes de actuación de oficio en el comentado caso Banco Español de Crédito. La trascendencia de esta sentencia es notable, sobre todo en la jurisprudencia posterior, al establecerse unos estándares que suponen una huida de la idea de la mínima diligencia que se exigía en *Asturcom*. El planteamiento a partir del caso Banco Español de Crédito cambia en lo que respecta a la adecuación de los cauces jurídicos de los Estados al Derecho de la Unión. Ya no se concibe, como en el caso *Unibet*, que los cauces jurídicos nacionales de los Estados son *per se* respetuosos con los derechos conferidos en el sistema comunitario (por lo que los derechos comunitarios podrán reconducirse, de una manera u otra, a algún procedimiento concreto dentro de cada sistema procesal nacional).

De este modo para el TJUE no es suficiente que el sistema procesal nacional ponga a disposición del consumidor algún modo de defender sus derechos. Ahora contravendría a Derecho europeo el hecho de que Derecho procesal no permitiese o regulase expresamente que fuese el juez quien controlase de oficio la validez de las cláusulas contractuales en las que se funde el título ejecutivo, sin necesidad de que lo pida el consumidor<sup>429</sup>. Entendemos que la consideración de orden público comunitario de la Directiva 93/13 no puede justificar una aplicación exorbitante del principio de efectividad si el consumidor cuenta con una oportunidad efectiva para formular la vulneración del Derecho de consumo. Tal oportunidad efectiva debe implicar además la ausencia de riesgos para el consumidor como resultado de la pendencia del

---

<sup>428</sup> HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», cit., p. 416.

<sup>429</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., «La Sentencia AZIZ (TJUE C-415/11) y sus implicaciones para el régimen español de ejecución hipotecaria», cit., p. 454.

procedimiento. En Banco Español de Crédito tales riesgos eran inexistentes en tanto que la oposición hubiese derivado en un procedimiento declarativo, a diferencia del caso Aziz (en el que había un proceso de ejecución forzosa seguido contra la vivienda familiar).

A partir de Banco Español de Crédito comienza a presumirse una inadecuación más intensa de los cauces jurídico-procesales nacionales, en especial con el Derecho europeo de consumo, en cualquier aspecto que pudiese ser no directamente favorable al consumidor. Todo ello con independencia de la posición activa o pasiva del mismo consumidor en la defensa de sus intereses conforme a los mecanismos de defensa establecidos en el Derecho procesal interno.

#### VIII. EL PRINCIPIO CONTRADICTORIO Y LA TRAMITACIÓN DE OFICIO POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL.

El deber de intervención de oficio motivado por el juez nacional dado el principio de efectividad llega a adquirir sustantividad propia hasta el punto de que el Tribunal de Justicia con su jurisprudencia llega a conformar parámetros propios de la sustanciación de un trámite de naturaleza incidental. Así ocurre en la Sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, caso Banif Plus Bank. En el, un tribunal de primera instancia húngaro condenó a un consumidor a abonar las cantidades asumidas en un contrato de préstamo pero inaplicado una cláusula abusiva. En la sustanciación del procedimiento el tribunal informó a las partes de que consideraba que la cláusula examinada era abusiva y les instó a que expresaran su opinión al respecto. En el recurso contra la Sentencia, se suspendió el procedimiento planteando la cuestión prejudicial, en lo que nos concierne, para dilucidar si se encontraba facultado el juez para requerir a las partes procesales para que emitan una declaración relativa a la cláusula contractual, de manera que puedan extraerse las consecuencias jurídicas del carácter eventualmente abusivo de la cláusula de acuerdo con el art. 6-1 de la Directiva 93/13.

El Tribunal de Justicia parte y vuelve a insistir en la inexistencia de normativa de la Unión en materia de regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, y por lo tanto que corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, por el principio de autonomía procesal, determinarlos (p. 26), con los consiguientes límites de los principios de efectividad y equivalencia<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup> Aun así se ha llegado a sostener que el TJUE parece indicar que en el ámbito de la protección del consumidor el principio de autonomía procesal no opera, salvo dentro de los límites permitidos por la

Pero en el caso Banif Plus Bank se introduce un requisito de vital importancia: la interpretación conforme a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Si bien la jurisprudencia en materia de Derecho de consumo declaró que la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda extraer todas las consecuencias de la misma, sin esperar a que el consumidor presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula, el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables.

La tutela judicial efectiva europea, regulada en el artículo 47 CDFUE, establece un elenco de exigencias en los aplicadores del Derecho comunitario tales como el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez aplicador del Derecho comunitario debe respetar, en especial cuando resuelve un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio. Por ello el TJUE declara que el principio de contradicción no confiere tan solo a cada parte del proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales este tiene intención de fundamentar su decisión. De este modo si el juez nacional determina –sobre la fundamentación de los hechos y fundamentos jurídicos de los que disponga, así como las diligencias de prueba que haya acordado de oficio– que una cláusula examinada tras una apreciación de oficio presenta un carácter abusivo estaría obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales (considerandos 30 y 32 de Banif Plus).

Por ello, una norma nacional que establezca la obligación del juez de informar a las partes y ofrecerles la posibilidad de expresar su opinión sobre la declaración de nulidad de la cláusula abusiva en cuestión no puede entenderse incompatible con el principio de efectividad. Y dicho principio debe aplicarse teniendo en cuenta, en especial, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, del que forma parte el principio de contradicción

---

presencia de principios procesales que pueden derivarse de la legislación de la Unión, a partir de la cual puede reconstruirse, debido a una actividad de complemento normativo, una norma procesal plena. La doctrina señala en ejemplo de las conclusiones de la Abogada General Verica Trstenjak de 6 de diciembre de 2011 en el asunto C-472/10 (caso Invitel), en relación a las normas procesales necesarias para proporcionar una protección efectiva a los consumidores contra las cláusulas abusivas. Las conclusiones (p. 89) valoran que la obligación del art. 7-1 de la Directiva 93/13 es de resultado, estableciendo para los Estados miembros la obligación de proporcionar "medios adecuados y efectivos" para controlar eficazmente las cláusulas abusivas. Al reconocer que los Estados miembros tienen la facultad de determinar los mecanismos de control adecuados, se basan en la existencia de normas mínimas de armonización que buscan la necesidad de garantizar una protección efectiva, junto a otra serie de implicaciones (que van desde la necesidad de reconocer el carácter *erga omnes* del hallazgo de la naturaleza abusiva de una cláusula a la necesidad de darle al juez el poder de pronunciar toda clase de actos procesales). Vid. CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali», cit., pp. 662-663.

(considerando 33 de Banif Plus), cuya observancia obligada de los mismos incumbiría al juez nacional que resuelva sobre el Derecho comunitario e interprete para su aplicación el Derecho procesal nacional. Tal posicionamiento resulta claramente contradictorio en la comparación con la rígida postura de la Sentencia Banco Español de Crédito.

En cambio en Banif Plus se entendió que el procedimiento nacional húngaro, que establecía que el juez que hubiese comprobado de oficio un motivo de nulidad debía informar de ello a las partes y ofrecerles la posibilidad de emitir una declaración sobre la eventual declaración de nulidad de la relación jurídica correspondiente, así como la conducta del juez nacional en el proceso origen de las actuaciones de instar a la parte prestamista y consumidora a que presentasen sus observaciones en relación con la apreciación del carácter abusivo respetaba el principio de contradicción y no menoscababa la efectividad de la protección que la Directiva 93/13 confiere al consumidor.

Tal precedente ofrece una interpretación de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 en el sentido que el juez nacional que hubiese comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está *per se* obligado, para poder extraer las consecuencias de dicha comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula, en materia de cláusulas abusivas de contratos celebrados con consumidores. Pero el principio de actuación de oficio estaría limitado por el contradictorio, que obliga al juzgador nacional que hubiese comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula, con carácter general, a informar de tal circunstancia a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales, de conformidad con el art. 47 de la CDFUE.

Llegados a este punto cabe preguntarse: ¿Por qué el TJUE convalida el procedimiento nacional húngaro en el caso Banif Plus, por entender que el trámite contradictorio se acomoda al principio de efectividad, mientras que declara contrario a Derecho de la Unión el procedimiento nacional español, que igualmente preveía un trámite contradictorio por medio de la oposición? El incidente descrito por el TJUE tiene la misma naturaleza, y a mayor abundamiento en el caso Banif Plus no se precisa si el incidente sometido a criterio del juzgador comunitario tiene lugar en la fase de admisión. No comprendemos, ni apreciamos lógica jurídica o interpretativa en su dimensión real, al criterio que lleva al TJUE a declarar contrario a Derecho de la Unión el proceso monitorio español pero no el declarativo húngaro ¿Por qué si no debe el juzgador español resolver el trámite de apreciación de cláusulas abusivas nada más admitido a trámite el procedimiento, sin que, como puso de relieve la abogada general en sus conclusiones del caso Banco Español de Crédito (p. 75) se haya dado antes al profesional oportunidad de formular sus observaciones? Por ello denunciamos que en una resolución (Sentencia Banco Español de Crédito) hace una interpretación tan feroz del principio de efectividad que lleva a anular *de facto* al principio contradictorio en los



términos del art. 47 de la CDFUE y del propio ordenamiento interno español, mientras que en la Sentencia Banif Plus condiciona la sustanciación del incidente de oficio a los estándares del principio contradictorio. Ello supone una incoherencia interpretativa de muy difícil conjugación en la jurisprudencia del TJUE.

#### IX. LA JURISDICCIONALIDAD COMO PRESUPUESTO DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.

La nota de la jurisdiccionalidad ha sido delimitada por el TJUE como otro presupuesto esencial para la plena efectividad del Derecho europeo de consumo. El hecho de que el órgano al que corresponde el examen de los presupuestos del Derecho europeo no tenga la condición de juez o magistrado ha tenido repercusiones de diversa índole, incluyendo posiciones jurídicas que van su aceptación a su repudio por el TJUE. Todo ello en función de las circunstancias y las competencias del órgano al que correspondería el conocimiento de la posible abusividad de las cláusulas a tenor de la Directiva 93/13.

De este modo podemos señalar dos resoluciones trascendentales en este sentido. Por un lado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2015, caso ERSTE Bank Hungary, asunto C-32/14, y la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 18 de febrero de 2016, caso Finanmadrid EFC, asunto C-49/14. En el primer caso se entendió que los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 debían interpretarse en el sentido que no se oponían a la legislación nacional de un Estado miembro que permitía a un notario (como profesional fuera del marco de la función jurisdiccional) autorizar un documento (contrato de préstamo hipotecario) con eficacia ejecutiva sin examinar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato. Por el contrario, en el caso Finanmadrid se entendió que la Directiva 93/13 se oponía a una normativa nacional que permite que la autoridad que conoce de la petición inicial de un proceso monitorio no tenga competencia para realizar la apreciación de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato. Tales posicionamientos son contradictorios en sus propios términos, y precisan por tanto de un análisis individualizado y conjunto para tratar de conciliar la exigencia de la jurisdiccionalidad.

La Sentencia Erste respondió a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal General de Budapest (Fővárosi Törvényszék) en interpretación de la legislación civil, procesal y notarial húngara. Un particular solicitó un préstamo destinado a financiar la adquisición de su vivienda. La operación se plasmó en un contrato de préstamo garantizado con hipoteca y en un reconocimiento de deuda formalizado en documento notarial. Como consecuencia del incumplimiento de un particular de las obligaciones asumidas de un préstamo garantizado con préstamo

hipotecario, la entidad bancaria Erste Bank of Hungary resolvió el contrato y solicitó que se insertara la apostilla ejecutiva en el reconocimiento notarial de deuda. Al efecto de la legislación húngara, y cumpliéndose los requisitos legales el notario insertó la apostilla ejecutiva. Según el ordenamiento húngaro, si a un documento se le inserta apostilla ejecutiva adquiere eficacia ejecutiva, lo que le confiere una validez similar o análoga al de a una resolución judicial, convirtiéndose en título ejecutivo<sup>431</sup>.

Por ello el particular ejecutado solicitó al notario a que procediera a la cancelación de la apostilla ejecutiva alegando, entre otras circunstancias, que dicho contrato de préstamo hipotecaria contenía cláusulas abusivas. En la misma línea el particular indicó en sede notarial que había presentado una demanda instando el archivo del procedimiento de ejecución forzosa y de nulidad del procedimiento, cuestionando la legalidad de la resolución del préstamo. El notario se negó a cancelar la apostilla ejecutiva, dado que a los efectos del Derecho húngaro no adolecía de irregularidades legales. En la contestación del notario hizo especial énfasis en que, al ser el procedimiento notarial húngaro de naturaleza no contenciosa, disponía de facultades muy limitadas en materia de prueba y por lo tanto el notario no estaba habilitado para pronunciarse sobre posibles controversias surgidas entre los otorgantes en relación con la conformidad a Derecho de la resolución del contrato o de las cláusulas contractuales. Tales pretensiones contenciosas serían competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

El particular solicitó judicialmente la nulidad de la resolución del notario y la cancelación de la apostilla ejecutiva del préstamo ante el Tribunal Central de Budapest. Entre otras circunstancias alegó que el reconocimiento de deuda contenía cláusulas

---

<sup>431</sup> Así lo refleja la Ley de Ejecución Forzosa Judicial húngara (*törvény a bírósági végrehajtásról*) en su art. 23-C. El notario dispone de un procedimiento para insertar la apostilla ejecutiva en el documento que él mismo haya redactado. Bajo el tenor del párrafo primero del artículo 23, el notario que haya formalizado el documento insertará una apostilla ejecutiva en el documento notarial si este contiene: la asunción de la obligación de realizar una prestación y una contraprestación o la asunción de una obligación unilateral; el nombre del acreedor y del deudor; el objeto, la cuantía y la causa de la obligación; y el modo y el plazo de cumplimiento. El párrafo 5º del art. 23 a su vez establece para la apostilla ejecutiva que podrá despacharse la ejecución si el crédito recogido en el documento notarial puede someterse a ejecución forzosa judicial y ha expirado el plazo para el cumplimiento de la obligación. De igual forma, el art. 31-E 2 de la Ley de Ejecución dispone que el procedimiento notarial, en tanto que procedimiento no contencioso en materia civil, produce efectos análogos a los del procedimiento judicial. Las resoluciones adoptadas por el notario producen efectos análogos a los de las resoluciones de los juzgados o tribunales. La señalada legislación húngara, citada en los párrafos 15-17 de la Sentencia Erste Bank of Hungary, pueden señalarse análogos a lo dispuesto en el art. 517-2 párrafo 4º de la LEC española, al establecer como título ejecutivo las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes. Para comprender el sistema de expedición notarial de copias con eficacia ejecutiva, que establece el Derecho procesal y notarial español es preciso complementar el art. 517 LEC con el art. 17 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y con el art. 233 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. En este estudio hemos trabajado sobre la base de la traducción oficial de la legislación húngara realizada por el TJUE en la Sentencia ERSTE que citamos, la versión original en húngaro puede consultarse en [http://njt.hu/cgi\\_bin/njt\\_doc.cgi?docid=21471](http://njt.hu/cgi_bin/njt_doc.cgi?docid=21471) , consultado el 01/10/2018.

contractuales abusivas y datos incorrectos, y que la cuantía de la deuda se determinó exclusivamente basándose en los datos internos de la entidad bancaria.

El órgano jurisdiccional de Budapest advirtió que en el curso del procedimiento de inserción de la apostilla ejecutiva por el notario este se limitó a verificar si el documento cumplía los requisitos formales y materiales para proceder a la ejecución, sin que pudiese examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato que se formalizaba. De este modo al consumidor sólo le quedaba la posibilidad de invocar el carácter abusivo de las cláusulas en un procedimiento judicial que tuviese por objeto el archivo del procedimiento de ejecución forzosa iniciado o la limitación de su cuantía. A juicio del Tribunal de Budapest tal régimen procesal podría entenderse opuesto a la Directiva 93/13.

En ese sentido se plantearon dos cuestiones prejudiciales: la primera si se adecuaba al art. 7-1 de la Directiva 93/13 un procedimiento notarial interno conforme al cual permita convertir en título ejecutivo válido un documento autorizado por un notario que formaliza un contrato de préstamo hipotecario entre un consumidor y profesional insertándose una apostilla ejecutiva; en el caso de incumplimiento de la obligación del consumidor. Como contrapartida, la inserción notarial de apostilla ejecutiva se produciría al margen de un procedimiento contencioso ante un tribunal de justicia, sin que en ningún momento examine el eventual carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato.

La segunda cuestión consistía en determinar si en el procedimiento notarial de expedición de apostilla ejecutiva y de conformidad igualmente al Derecho europeo el consumidor podía instar la cancelación de la apostilla ya expedida. Tal cancelación, de admitirse, habría de basarse en que en sede notarial no se hubiese llevado a cabo un examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato en el que se insertó la apostilla. El régimen notarial se contrapondría al judicial en el sentido que en el segundo el órgano jurisdiccional tendría el deber de informar al consumidor de la existencia de todas las cláusulas abusivas que hubiese podido constatar (en relación al caso Banif Plus, ya comentado).

El Tribunal de Justicia considera no obstante que el procedimiento notarial contenido en la legislación húngara no se opone a lo establecido en los arts. 6-1 ni 7-1 de la Directiva 93/13 por dos razones fundamentales: la primera, que las obligaciones que el Derecho europeo configura para el ejercicio de la función judicial no es aplicable a la función notarial dadas sus diferencias (p. 47); y la segunda que en el sistema procedimental húngaro el notario está habilitado para desempeñar, en el momento de autorizar un documento auténtico, un papel preventivo del carácter abusivo de las cláusulas bajo el deber de garantizar la igualdad de trato en todos los procedimientos que formen parte de sus atribuciones (incluida la ejecución forzosa), sin perjuicio de las comprobaciones que le correspondan en sede judicial interna.

El hecho más constatable era que el Derecho nacional húngaro establecía un procedimiento en virtud del cual el notario, a instancia de la parte acreedora, podía

insertar una apostilla ejecutiva en un documento que obligase al deudor pero sin examinar la validez del documento, salvo por un número limitado de requisitos formales (p. 34 de *Erste Bank of Hungary*). En el caso *Erste* se trataba de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, supuesto permitido por la propia normativa interna. Al insertarse la apostilla el documento notarial pasa a producir los mismos efectos que una resolución judicial. Del conjunto de la legislación húngara el TJUE valoró que el notario no podía examinar la validez de las cláusulas del contrato ni en el marco del procedimiento de inserción de la apostilla ejecutiva, ni en su cancelación (p. 38 de *Erste Bank of Hungary*). Ello ya de por sí podría llegar a interpretarse como una barrera procesal nacional: no en vano, como ya se apreció en la Sentencia *Aziz*, el hecho de que la legislación nacional no permita formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución implica una disconformidad con la Directiva 93/13 (p. 36 de *Aziz*).

A pesar de ello, el TJUE, en consonancia con las conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 25 de junio de 2015 en el asunto C-32/14, llega a una conclusión muy específica. En la jurisprudencia que hasta la fecha interpretó el principio de efectividad y el establecimiento de limitaciones a la no vinculación de las cláusulas abusivas (citándose expresamente las sentencias *Aziz*, *Sánchez Morcillo*, *Barclays Bank*, *Banco Español de Crédito* y el auto *Banco Popular Español* y *Banco de Valencia*) se inscribía en un marco específico, como era el ejercicio de la función judicial. Por lo tanto, dicha jurisprudencia no podía ser aplicable a la función notarial, dadas las diferencias fundamentales entre la función jurisdiccional y la notarial (p. 47 de *Erste Bank of Hungary*).

De este modo, al versar la jurisprudencia que aplica los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 de forma específica sobre el papel del juez nacional en el ejercicio de sus funciones, se inscribiría estrictamente en el ejercicio de la función judicial. Bajo la opinión del Abogado General Cruz Villalón, el razonamiento jurídico del TJUE parte de la premisa de que es el juez quien conoce del asunto y el que antes de declarar el carácter ejecutivo de una obligación contractual puede examinar -de oficio o en la forma vertebrada en el Derecho procesal nacional-, la eventual existencia de cláusulas abusivas y el debate contradictorio entre las partes sobre este aspecto (p. 65 de las conclusiones del Abogado General en *Erste Bank of Hungary*).

La cuestión no es baladí: la posibilidad de que la legislación nacional haga extensiva a determinados profesionales o autoridades la facultad de ejercer competencias que forman parte de la función judicial colisiona con una dificultad insuperable, como es la contravención del principio del monopolio de la función judicial (p. 66 de las conclusiones del Abogado General en *Erste Bank*). Por esta razón, la Directiva 93/13, en el sentido interpretado por el Tribunal de Justicia, no puede tener como consecuencia, a juicio del Abogado General, el hecho de imponer a los Estados miembros una modificación de la función notarial de tal envergadura o impacto que lleve al notario a ser competente de promover un incidente contradictorio entre las

partes a cuyo término haya de pronunciarse sobre el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual; con la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas.

De la mera interpretación literal del art. 7-1 de la Directiva 93/13 puede apreciarse que a la hora de establecer la obligación de los Estados de que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en ningún momento se circunscribe a la función jurisdiccional, ni se excluye a la notarial de los Estados miembros. El obligado es el Estado miembro y por lo tanto será el mismo quien, en el acto de conversión de la Directiva 93/13 en Derecho interno pueda tener la libertad para optar si el control de no vinculación debe recaer en la función jurisdiccional o la notarial (siempre que, con independencia de la función optada se establezcan el correspondiente Estatuto orgánico de imparcialidad y las correspondientes medidas de garantía que no impidan ni dificulten que el profesional correspondiente acometa un examen de abusividad respetando los mínimos contenidos en la Directiva 93/13). A nuestro parecer esta libertad para optar por la función se entroncaría con el principio de autonomía procesal, y no podría constituir limitación al margen de maniobra legislativo estatal sino cuando se menoscabase la efectividad de la misma.

Y es así como en la Sentencia *Erste Bank of Hungary* se procede al examen de la legislación húngara bajo el prisma del principio de efectividad, aún habiéndose deslindado y excluido la función notarial de la jurisprudencia interpretativa del Derecho europeo de consumo y aplicada al caso. Para ello se plantea si las disposiciones nacionales de Derecho procesal, civil y notarial húngaro, analizadas en su contexto y teniendo en cuenta el conjunto de vías de impugnación y recursos existentes, garantizan que existen medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores a los efectos del art. 6-1, y 7-1 de la Directiva 93/13 (p. 52 de *Erste Bank of Hungary*).

La aplicación del principio de efectividad no fue pacífica. Como contrapartidas el TJUE advirtió, por un lado, que la confianza especial que por regla general el consumidor deposita en el notario -dada su condición de asesor imparcial-, así como la creencia de que los documentos autorizados por el notario no incurren en ilegalidad, existe un importante riesgo de que el consumidor preste menos atención en el momento de la formalización de un documento notarial a la posible existencia de cláusulas abusivas predispuestas por el profesional. Tal confianza puede extenderse igualmente a las consecuencias de un procedimiento simplificado de ejecución forzosa notarial. Por otra parte se advirtió de que el consumidor podía caer en el riesgo de no disponer, sin la intervención del notario, de toda la información necesaria para defenderse ante los tribunales nacionales en el marco del procedimiento simplificado de ejecución, cuando dicho procedimiento se iniciase a instancia del profesional prestamista (p. 54 de *Erste Bank of Hungary*).

A pesar de estas circunstancias el TJUE acogió la interpretación del gobierno húngaro, que alegó que el procedimiento simplificado de ejecución forzosa sobre el que versa el litigio principal ante el Tribunal General de Budapest no excluía del todo el

control de las cláusulas abusivas, tanto por los propios notarios o por el resto de tribunales nacionales internos (p. 53 de *Erste Bank of Hungary*). Bajo la apreciación del TJUE en el sistema procedimental húngaro el notario se encuentra habilitado para desempeñar un papel preventivo del carácter abusivo de las cláusulas contractuales. El papel preventivo se desplegaría en el momento de autorizarse el documento auténtico en el que se formalice un contrato. En concreto, al notariado húngaro se le impone expresamente el deber de garantizar, mediante su asesoramiento, la igualdad de trato en todos los procedimientos que formen parte de sus atribuciones<sup>432</sup>, incluyéndose el procedimiento de ejecución forzosa (p. 57 de *Erste Bank of Hungary*). Igualmente, como estipula el art. 3, aps. 1 y 2, de la Ley del Notariado, el notario tiene la obligación de comprobar tanto la conformidad a Derecho del negocio jurídico como su eventual carácter abusivo, debiendo informar por escrito a los otorgantes cuando detecte algún elemento que suscite dudas (p. 56 de *Erste Bank of Hungary*).

Por todo ello el TJUE constató que, sin perjuicio de las comprobaciones (sobre el eventual carácter abusivo de las cláusulas) que corresponde efectuar al tribunal remitente, las disposiciones generales de la Ley del Notariado resultaban adecuadas para cumplir las obligaciones de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 (p. 58 de *Erste Bank of Hungary*).

El análisis de la adecuación del procedimiento notarial de imposición de apostilla al principio de efectividad y sus consecuencias procesales posteriores pasa por otro análisis. Y es que como complemento a los medios adecuados y eficaces que los Estados deben asegurar para adecuarse al principio de efectividad se incluye el hecho de que los Ordenamientos procesales deben incluir disposiciones idóneas para garantizar la tutela judicial efectiva de los consumidores. Por ello los Derechos procesales internos de los Estados deben ofrecer la posibilidad de impugnar ante los tribunales la validez del contrato en cuestión, incluida la fase de la ejecución forzosa del mismo, en condiciones razonables en lo que respecta al procedimiento en base a la propia jurisprudencia del TJUE (p. 59 de *Erste Bank of Hungary*).

En el caso estudiado en base al Derecho procesal húngaro el consumidor tenía varias posibilidades procesales en lo que respectaba a vías de impugnación y cauces jurídicos: la presentación de una demanda impugnando la validez el contrato, la posibilidad de instar el archivo del procedimiento de ejecución forzosa, o la limitación de la cuantía. Pero destacaba, en el marco del propio proceso de ejecución forzosa la posibilidad de solicitar, en virtud del art. 370 del Código de Enjuiciamiento Civil húngaro, la suspensión de la ejecución forzosa del contrato sobre el que versaba el litigio principal (p. 60 de *Erste Bank of Hungary*).

---

<sup>432</sup> El artículo 1 de la Ley del Notariado húngara, tal y como se transcribió en el p. 55 de la sentencia *Erste*, establece que incumbe a los notarios el deber de asesorar a los otorgantes garantizando la igualdad de trato de las partes contratantes en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de obligaciones. Todo ello en el marco de los procedimientos que forman parte de las atribuciones de los notarios.

De este modo, aunque el propio TJUE reconoce que la jurisprudencia previa del TJUE interpretadora del principio de efectividad exigía en los litigios entre el consumidor y el profesional una intervención positiva ajena a las partes del contrato proveniente del juez nacional que conoce de la controversia<sup>433</sup>, dicha interpretación del principio de efectividad no podía llegar a suplir íntegramente la total pasividad del consumidor, como afirmó por primera vez la sentencia Asturcom (p. 47). De este modo no se consideraron suficientemente fundadas las tesis procesales sostenidas por el agente de la Comisión en el proceso, y no se pudo considerar opuesto en sí mismo al principio de efectividad el hecho de que el consumidor solo pudiese invocar la protección de las disposiciones legales en materia de cláusulas abusivas si se ejercitaba una acción judicial. Conectando dicha interpretación con la argumentación ya planteada sobre la diferencia entre la función jurisdiccional y la notarial, se afirmó que la tutela judicial efectiva que garantizaba la Directiva 93/13 se fundamentaba en la premisa de que los tribunales nacionales conociesen previamente del asunto a instancia de una de las partes del contrato (p. 63 de *Erste Bank of Hungary*).

Aun así el TJUE se inhibió a favor del órgano jurisdiccional remitente para determinar si en las circunstancias del litigio principal las modalidades procesales nacionales garantizaban al consumidor una tutela judicial efectiva. La razón fue que se le consideró el único con conocimiento directo sobre las modalidades procesales relacionadas con las vías de impugnación en el ordenamiento jurídico interno así como único tribunal competente habilitado para interpretar el Derecho interno nacional (p. 64 de *Erste Bank of Hungary*). Esta afirmación, pronunciada casi *obiter dicta*, tiene una importancia nada desdeñable: si bien es cierto que el principio de efectividad dependerá de las modalidades procesales, medios de impugnación y cauces jurídicos internos del estado, estos se vertebran por medio de Derecho interno. Y es precisamente por tratarse de Derecho interno –aun aplicador, sancionador o ejecutor del Derecho europeo– que el competente para determinar si las normas procesales nacionales garantizan una tutela judicial efectiva son los propios órganos jurisdiccionales internos<sup>434</sup>. Ahora bien, por “tutela judicial efectiva” el TJUE no especifica si se refiere a la codificada en los respectivos Derechos constitucionales y procesales internos de los Estados miembros o a la establecida en el art. 47 de la CDFUE. Entendemos que debe valorarse el ámbito de aplicación del CDFUE: las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el

---

<sup>433</sup> Sentencias Banco Español de Crédito, p. 41, Banif Plus, p. 21, Asbeek Brusse y de Man Garabito, p. 39 y Pohotovost', p. 40.

<sup>434</sup> De este modo, mientras que un sector de la doctrina (MERTENS DE WILMARS, J., «L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers», *Cahiers de droit européen*, 1981, p. 381) sostiene que las lagunas en los sistemas procesales nacionales para proveer de cauces jurídicos adecuados al Derecho de la Unión compete igualmente tanto al Derecho de la Unión como a los respectivos Derechos internos, se ha cuestionado por otra parte (BARAV) que la corrección de las posibles deficiencias o falta de cauces jurídicos deba dejarse enteramente a las autoridades nacionales. Vid. BARAV, A., «Enforcement of community rights in the national courts: the case for jurisdiction to grant an interim relief», cit., p. 389. El citado autor, si bien no precisa con exactitud por medio de qué vía deba privarse a los Estados miembros para regular o adaptar los cauces jurídico-procesales internos a favor de las instituciones de la Unión, entendemos que se circunscribe en todo caso a la vigilancia nomofiláctica del TJUE.

Derecho de la Unión. Por tal razón el TJUE claramente afirma que el órgano competente para interpretar las modalidades procesales nacionales son los propios ordenamientos internos, sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Justicia como supremo intérprete del Derecho de la Unión de conformidad al art. 267 TFUE.

En conclusión, la Sentencia *Erste Bank of Hungary* interpretó los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que permite a un notario insertar una apostilla con efectos ejecutivos (o negarse a cancelarla) en un contrato entre un profesional y un consumidor. Y todo ello sin que el notario haya procedido a examinar, en ningún momento de la celebración u otorgamiento del contrato de préstamo garantizado con hipoteca, el posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato.

Creemos contradictoria la relación entre lo fijado por el TJUE en su fallo y en la motivación del texto de la sentencia. Primero se parte de la diferenciación entre la función jurisdiccional y la notarial, alineando la jurisprudencia ya pronunciada en relación al principio de efectividad de la Directiva 93/13; en el ámbito de la función jurisdiccional (y excluyendo implícitamente de su ámbito de aplicación a la función notarial). Y después, tras proceder al examen del Derecho procesal y notarial interno húngaro se concluye que el notariado húngaro se encuentra habilitado para desempeñar un papel preventivo del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de conformidad a Derecho europeo, resultando la Ley del Notariado húngara conforme a lo estipulado en los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva (p. 57 de *Erste Bank*).

La conclusión lógica habría debido de ser esa misma: o bien (a) que la función notarial se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13; o (b) que el Derecho interno húngaro no se opone a la Directiva 93/13 al permitir el papel preventivo del notario en el otorgamiento de la escritura. Por ello no entendemos aceptable sostener que la Directiva 93/13 permite que legislación nacional pueda conferir eficacia ejecutiva a un contrato con un consumidor (de forma análoga a una resolución judicial, como la propia sentencia reconoce en su p. 27) por un profesional que no pertenece a la función jurisdiccional y que no ha examinado el carácter abusivo de las cláusulas abusivas contenidas en el mismo. Y más aún cuando el propio consumidor es el que solicita (a instancia de parte) al propio profesional un examen de conformidad a la Directiva 93/13 que es denegada por el propio profesional no en base a una valoración de fondo sobre la Directiva 93/13, sino a la cognición limitada del propio derecho interno (pp. 28 y 29 de *Erste Bank*).

Es decir, en la Sentencia *Erste Bank* no se trata sólo de que el Tribunal de Justicia simplemente excluya a la función notarial del ámbito de la Directiva 93/13 (circunstancia pregonable a otros profesionales u autoridades de naturaleza no jurisdiccional), o que aún admitiéndola entienda que se adapta al Derecho de la Unión. Lo que hace es admitir y posibilitar que el notario no examine el carácter abusivo de la cláusula del contrato al que concede eficacia ejecutiva (y por lo tanto no cumpla lo



exigido del Derecho de la Unión) precisamente por su naturaleza no jurisdiccional y en claro perjuicio de un consumidor.

Tal posición podría admitirse bajo la toma en consideración, como especificó el TJUE en el p. 52 de *Erste Bank of Hungary*, del conjunto y contexto de vías de impugnación y cauces jurídicos existentes en el Derecho interno. En nuestra tesis defendemos la necesidad de una interpretación omnicomprendensiva del Ordenamiento procesal interno de los Estados miembros como presupuesto para aplicar el principio de efectividad. Es decir, dada la repercusión y gran impacto que produce el principio de efectividad en la legislación interna de los Estados, es preciso moderar su aplicación y reducirla a aquellos supuestos en los que solo si del conjunto del procedimiento de las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales (así como resto de cauces jurídicos) la norma procesal correspondiente hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión.

No obstante, lo que criticamos es la coherencia de la doctrina jurisprudencial del TJUE, y cómo pudiendo emplear argumentos que llevasen a una conclusión lógica se han pronunciado dos sentencias en las que, en atención al razonamiento empleado por el tribunal, entendemos contradictorias entre sí.

Examinado el contenido de la Sentencia *Erste*, en el que el TJUE admitió la adecuación a Derecho europeo de la legislación húngara al conceder eficacia ejecutiva a un documento otorgado por un profesional que no examinó el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, es preciso contraponerlo a lo sostenido en la posterior Sentencia de la Sala Segunda de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14, *Finanmadrid*). En la misma, se declara la inadecuación al Derecho de la Unión de un Decreto dictado por un Letrado de la Administración de Justicia (anteriormente denominado Secretario Judicial<sup>435</sup>) en el marco de un procedimiento monitorio sustanciado al amparo la legislación española, en el que los demandados ni atendieron el requerimiento de pago ni comparecieron ante el tribunal dentro del plazo fijado (razón por la que, de conformidad al art. 816 LEC española, se da por terminado el proceso monitorio y el Letrado de la Administración de Justicia a instancia de parte dicta decreto con fuerza ejecutiva por la cantidad por la que el acreedor reclama).

Solicitada la ejecución del Decreto, y ya en el procedimiento de ejecución el órgano jurisdiccional instó a las partes del litigio principal a que presentasen sus observaciones acerca del posible carácter abusivo de algunas de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal y acerca de si la normativa relativa al proceso monitorio vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva. Debe destacarse que en el proceso monitorio español la admisión a trámite la decide el Letrado de la

---

<sup>435</sup> En la oficina judicial española se modificó la denominación del cuerpo de “secretarios judiciales”, sustituyéndose por la de “Letrados de la Administración de Justicia”, a partir de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En el presente trabajo se emplearán ambas denominaciones, y se respetará la denominación de “secretarios judiciales” en aquellas ocasiones en las que el TJUE las empleó por procedimientos iniciados con anterioridad a dicha Ley Orgánica 7/2015 (como la Sentencia *Finanmadrid* de 18 de febrero de 2016).

Administración de Justicia (no así la inadmisión, en la que debe pronunciarse el órgano jurisdiccional), por lo que el requerimiento de pago y eventual dictado de Decreto por incomparecencia o no contestación o contumacia de la deuda a solicitud del acreedor es sustanciado igualmente por el Letrado de la Administración de Justicia. Sobre estos parámetros se plantea la cuestión prejudicial: Si al no estar previsto imperativamente el control de las cláusulas abusivas ni la intervención de un juez, salvo que lo considere oportuno el Letrado de la Administración de Justicia o se opongán las partes, se dificulta o impide el control de oficio del órgano jurisdiccional de conformidad a la Directiva 93/13 (en la legislación anterior a la reforma de la Ley 42/2015, de 5 de octubre).

Y de nuevo el Tribunal de Justicia se pronuncia contrariamente a la regulación procesal española en materia de proceso monitorio por la conculcación del principio de efectividad -aún a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, como propiamente se recalca- ¿Y hasta qué punto el hecho de que un Letrado de la Administración de Justicia permita la admisión a trámite de un proceso monitorio y resuelva si no hay contestación alguna del deudor hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión? En que dadas las particularidades del proceso monitorio español, si no concurren las circunstancias que determinan la intervención del juez (inadmisión porque de los documentos adjuntados se deduce que la petición del acreedor no es correcta o formulación de oposición) el proceso concluye sin que el órgano jurisdiccional pueda realizar un control de la existencia de cláusulas abusivas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor.

En este punto ubicamos la quiebra entre los razonamientos sostenidos en Erste Bank of Hungary y Finanzmadrid. En Erste Bank of Hungary interviene un profesional, de función no jurisdiccional (notariado) que concede eficacia ejecutiva a un contrato (pasando a tener una eficacia ejecutiva análoga a una resolución judicial) sin llevar a cabo un examen de abusividad de conformidad a la Directiva 93/13, sino meramente formal. Para mayor inri el propio consumidor afectado intenta promover un examen de abusividad rechazado en atención a la limitación de las competencias para tal pretensión de la legislación húngara. En el caso Finanzmadrid interviene una autoridad con funciones no jurisdiccionales<sup>436</sup> (Letrado de la Administración de Justicia), que dicta una resolución que concede eficacia ejecutiva a un contrato y en cuyo procedimiento ni siquiera interviene el particular (habiéndosele notificado al particular consumidor)<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> Vid. art. 440 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial española: “*Los Letrados de la Administración de Justicia son funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad, ostentando la dirección de la Oficina judicial*”. Si bien tienen el carácter de autoridad y ostenta la dirección de la Oficina judicial, no les corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los efectos del art. 117-3 de la Constitución Española.

<sup>437</sup> De hecho incluso la normativa española prevé mecanismos de control de la abusividad de las cláusulas en sede notarial de la ejecución del préstamo introducido con la Ley 1/2013, de 14 de mayo y la Ley 19/2015, de 13 de julio en el art. 129-2 f de la Ley Hipotecaria.

Son supuestos prácticamente idénticos, con identidad de razón, pero a pesar de la pasividad del consumidor que en ningún momento del procedimiento comparece, en la Sentencia Finanmadrid se entiende que el régimen procesal español puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13. Todo ello partiendo de la idea de que los derechos contemplados por la misma solo podrían garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permitiese, en el marco del proceso monitorio o en el del procedimiento de ejecución del requerimiento de pago, un control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato (considerando 46 de Finanmadrid).

Según el TJUE el Derecho procesal nacional español (art. 816-2 de la LEC española) confiere fuerza de cosa juzgada a la resolución dictada por el secretario judicial –que considera análogos a los de una resolución judicial- en el proceso monitorio<sup>438</sup>. Y si bien se admite que, en virtud del principio de autonomía procesal, el Derecho procesal interno pueda conferir la fuerza de cosa juzgada a resoluciones no jurisdiccionales (como los laudos arbitrales, vid. Sentencia Asturcom), se exige la adecuación a los principios de equivalencia y efectividad.

Y en este nivel de adecuación el Tribunal de Justicia encuentra otra segunda causa de conculcación al entender que la atribución del efecto de cosa juzgada al Decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia en el proceso monitorio español vuelve a lesionar el principio de efectividad. Esto es así dado que en virtud de los arts. 815 y 816 LEC, el control por parte del secretario judicial de una petición inicial (pretensión iniciadora del procedimiento, con efectos análogos al de una demanda) de juicio monitorio se limita exclusivamente a la comprobación de que se cumplen las formalidades exigidas en relación con dicha petición, y en especial a la exactitud del importe reclamado a la luz de los documentos adjuntos. Por ello, con arreglo al Derecho procesal español, no figura entre las competencias del Letrado de la Administración de Justicia la apreciación del carácter eventualmente abusivo de una cláusula contenida en un contrato que sirve de fundamento al crédito (p. 50 de Finanmadrid). Por ello, si la resolución del secretario judicial adquiere fuerza de cosa juzgada, se haría hipotéticamente imposible el control de las cláusulas abusivas en la fase de la ejecución del requerimiento de pago, como consecuencia del mero hecho de que los consumidores no formulen oposición al requerimiento de pago en el plazo

---

<sup>438</sup> Si bien esta circunstancia es matizada por la doctrina. Para GÓMEZ AMIGO, L., «La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español», *Actualidad Civil*, vol. 4, 1999, p. 1202, la legislación española en el art. 816 LEC ha atribuido eficacia de cosa juzgada al decreto dictado por incomparecencia del deudor, si bien no utiliza la expresión de “cosa juzgada” expresamente. La razón, para LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso monitorio*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2000, pp. 216-217, es que en el decreto dictado por incomparecencia del deudor no hay enjuiciamiento alguno. En el caso de contumacia del deudor no se dicta sentencia que pone fin al proceso. La decisión que la ley atribuye a la incomparecencia del deudor sólo tiene, en palabras del autor, una virtualidad excluyente de un posterior proceso (y permitiría el acceso al proceso de ejecución forzosa) pero no prejuzgaría ninguno de los hechos o fundamentos jurídicos que el acreedor hubiese esgrimido para oponerse a la reclamación dineraria.

previsto y de que el secretario judicial no requiriera la intervención del juez (p. 51 de *Finanmadrid*)<sup>439</sup>.

De hecho el TJUE vuelve a considerar la normativa procesal española reguladora del proceso monitorio contraria al principio de efectividad. Y lo peor es que, a diferencia del caso *Erste Bank*, en *Finanmadrid* omite el examen sobre las vías de impugnación y control de los tribunales nacionales que podría haber atemperado la declaración de oposición a la Directiva 93/13. Es así que en el p. 45 de la Sentencia *Finanmadrid* se enuncia que si el juez que conoce de la ejecución del requerimiento de pago carece de competencia para apreciar de oficio la existencia de las cláusulas abusivas, podría hacerse valer un título ejecutivo frente al consumidor sin que, en ningún momento del procedimiento, se hubiese tenido la garantía de que se llevó a cabo la apreciación de oficio.

En realidad tal afirmación es manifiestamente incompleta a la luz del Derecho interno español, pues la legislación procesal española aplicable al caso *Finanmadrid* permitía que el juez que conocía de la ejecución del Decreto emanado del proceso monitorio pudiese denegar el despacho de la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas. Es preciso destacar que el Decreto dictado por incomparecencia del deudor en un proceso monitorio en base al art. 816 LEC puede entenderse subsumible en la concepción legal de título ejecutivo al amparo del art. 517-1 9º LEC, al tratarse de una resolución procesal que por disposición expresa de la Ley (art. 816 LEC) lleva aparejada ejecución. Y por lo tanto el art. 557-1 7º LEC tras la reforma operada con la Ley 1/2013, de 14 de mayo posibilita expresamente el planteamiento de oposición del deudor con fundamento al hecho de que el título ejecutivo contenga cláusulas abusivas. Y como ha destacado la renombrada doctrina procesalista italiana, la circunstancia de

---

<sup>439</sup> No es la primera vez que el TJUE cuestiona el valor del efecto de cosa juzgada que imprimen los diferentes sistemas procesales nacionales. Ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de julio de 2007, asunto C-119/05, caso *Lucchini*, se realizó una interpretación del Derecho comunitario en el sentido que se oponía a los efectos de cosa juzgada del art. 2909 del Código Civil italiano. En concreto se declaró que el Derecho comunitario se oponía a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretendía consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada (regulado en el comentado art. 2909) cuando su aplicación constituía un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario (en el momento de aplicación el art. 4, letra c), del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, hoy comparable con el art. 107 del TFUE), y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión. A juicio del TJUE (p. 59 de *Lucchini*) tal interpretación del principio de cosa juzgada tenía como consecuencia que se atribuyese efectos a una decisión de un órgano jurisdiccional nacional que excediesen los límites de su competencia. En tal caso la aplicación del efecto de cosa juzgada, con dicha interpretación, impediría la aplicación del Derecho comunitario en la medida en que haría imposible la recuperación de una ayuda de Estado concedida infringiendo el Derecho comunitario. Igualmente en el caso *Fallimento Olimpiclub* (Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08) se volvió a cuestionar la interpretación de los tribunales italianos al mismo precepto (art. 2909 CC italiano) en un litigio relativo al IVA correspondiente a un ejercicio fiscal, en la medida en que obstaculizaba que el órgano jurisdiccional nacional tomase en consideración las normas de Derecho comunitario en materia de prácticas abusivas vinculadas a dicho impuesto. En tal caso el TJUE consideró que los obstáculos puestos por el órgano jurisdiccional italiano fueron de tal envergadura de cara a la aplicación de las normas comunitarias en materia de IVA que no podían estar razonablemente justificados por el principio de seguridad jurídica y por ende debían considerarse contrarios al principio de efectividad (p. 31 de *Fallimento Olimpiclub*).

que una cláusula abusiva sea controlable de oficio debería excluir los efectos perjudiciales que el ordenamiento atribuye a la confesión judicial o extrajudicial del consumidor en determinados supuestos<sup>440</sup> (que podría ser trasladable a los efectos de incomparecencia tras el proceso monitorio). Además la LEC permite la expresa suspensión de la ejecución en el párrafo segundo de dicho artículo al formularse el incidente de oposición, y con carácter general el examen de oficio de cualquier título ejecutivo en la admisión de la demanda ejecutiva si el juez considera que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo puede ser calificada como abusiva, con trámite contradictorio y audiencia al deudor consumidor si es ejecutado (art. 552-1 LEC, párrafo 2º<sup>441</sup>).

Por lo tanto en el supuesto del caso Finanmadrid el Ordenamiento español no prohibía tampoco, en sede ejecutiva, la posibilidad de plantear un examen sobre la abusividad de las cláusulas de conformidad a la Directiva 93/13. Es cierto que el régimen procesal aplicable al proceso monitorio es anterior a la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que reguló el control de oficio del juez de las cláusulas abusivas en dicho proceso. Pero es cierto que a la fecha en la que en virtud de los hechos se solicitó la ejecución del decreto (8 de julio de 2013, p. 21 de Finanmadrid) ya estaba en vigor la causa 7º del art. 557-1 LEC antes comentada en virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Y de hecho, y como se detalla en la propia Sentencia Finanmadrid, el juez español de la ejecución instó a las partes a que presentasen sus observaciones acerca del posible carácter abusivo de algunas de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal (p. 22 de Finanmadrid), y solo el demandante presentó observaciones (p. 23 de Finanmadrid).

Aun con todo se determinó que la normativa española controvertida en el litigio principal (arts. 815 y 818 LEC), relativa a la aplicación del principio de cosa juzgada en el proceso monitorio, no resulta conforme con el principio de efectividad en la protección de los consumidores en los términos de la Directiva 93/13, al no permitir al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carezca de competencia para realizar tal apreciación<sup>442</sup>.

---

<sup>440</sup> VACCARELLA, R., «Il problema del foro competente nei contratti tra «professionista» e «consumatore»», *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1997, pp. 58-59.

<sup>441</sup> Vid. DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «El control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 35, 2015, p. 7.

<sup>442</sup> En este sentido, como sostiene la doctrina, el TJUE se separa de las conclusiones del Abogado General Szpunar en sus conclusiones de 11 de noviembre de 2015 al asunto Finanmadrid, en concreto en lo que respecta a lo expresado en su conclusión 47. El abogado general había entendido que la jurisprudencia sobre la función del juez en el control de las cláusulas abusivas debía extenderse al resto de miembros de los órganos jurisdiccionales, como los secretarios judiciales, cuando se les transfieran competencias que incidan directamente en la aplicación de la Directiva 93/13. Vid. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, cit., pp. 66-67. Si bien España es condenada, el TJUE no extiende las competencias de examen de conformidad a la Directiva 93/13 al resto de personal al servicio de la Administración de Justicia española en el p. 50 de la Sentencia: “De este modo, con arreglo

Aun con mayor justificación, el Tribunal de Justicia cerca estrechamente el margen de maniobra del legislador procesal español por una interpretación, cada vez más ultraextensiva y expansiva del principio de efectividad en materia del Derecho interpretado de la Directiva 93/13. Se contradice a sí mismo en supuestos idénticos. Es así que volvemos a hacer la misma crítica que elevamos en el comentario del caso Banco Español de Crédito a partir de la jurisprudencia de Asturcom: la conducta absolutamente pasiva del consumidor en el procedimiento, y el no ejercicio de ninguna acción dirigida a la impugnación de la posterior resolución en su contra (sea jurisdiccional o no jurisdiccional, como en Asturcom o Finanmadrid) no pueden quedar bajo el paraguas del principio de eficacia.

De hecho la doctrina interpretadora de la comentada sentencia alerta del valor que atribuía la interpretación del principio de efectividad a la conducta pasiva del consumidor. Si a pesar de la actitud pasiva del interesado el sistema procesal nacional debe interpretarse en el sentido que de permitir, aún así, la salvaguardia de la posición jurídica de matriz comunitaria. Esto conduciría a afirmar un principio de efectividad de función no solo compensatoria del desequilibrio consumidor-profesional, sino también e incluso supletorio de la conducta o determinación del consumidor, y que resultaría incluso incomprensible bajo los estándares europeos establecidos para el proceso monitorio, en el logro del muy difícil equilibrio entre la tutela rápida del crédito (que puede entenderse como un objetivo de la Unión ligado a las libertades del mercado) y la protección de los consumidores<sup>443</sup>. En tal caso la Sentencia Finanmadrid se amplía notablemente el ámbito de aplicación del principio de efectividad al no considerar la inactividad del consumidor como argumento suficiente para excluir una comprensión o cognición por la autonomía procesal interna<sup>444</sup>.

Pero lo que nos llama poderosamente la atención es cómo el TJUE, ante dos supuestos de hecho de marcada similitud (actuación de un profesional o autoridad de naturaleza no jurisdiccional que en el marco de un procedimiento interno dicta una

---

*al Derecho procesal español, no figura entre las competencias del secretario judicial la apreciación del carácter eventualmente abusivo de una cláusula contenida en un contrato que sirve de fundamento al crédito*”.

<sup>443</sup> Sirva como ejemplo, el Reglamento nº 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, aplicable a los procesos monitorios transfronterizos. En su art. 18-1 establece que teniendo en cuenta un período de tiempo apropiado para que sea posible la recepción del escrito, si no se ha presentado ningún escrito de oposición ante el órgano jurisdiccional de origen, se declarará ejecutivo sin demora el requerimiento europeo de pago. No se establece ninguna especialidad procesal para los consumidores, tan solo en su art. 6-2 y en relación a la competencia judicial, para garantizar que si el demandado es un consumidor, únicamente sean competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual esté domiciliado dicho demandado. Pero en ningún modo establece mayores garantías si no contesta el requerimiento. La limitación al ámbito de aplicación vendría dada, como señala la doctrina, por el hecho de que el procedimiento se refiera a créditos no contestados en sentido reducido. Vid. LUPOI, M. A., «Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2008, p. 205. Sobre el proceso monitorio europeo igualmente vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social», *Diario La Ley*, vol. 6865, 2008,.

<sup>444</sup> PALMA, G., «Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore», cit., p. 1148.

resolución con efectos ejecutivos posiblemente perjudiciales para un consumidor) en el supuesto del Derecho nacional húngaro entiende que la no realización del examen de abusividad no supone contravención alguna de la Directiva 93/13, y en caso del Derecho español sí. Y más aún cuando en el proceso sustanciado en el Derecho español el consumidor ha tenido una postura de pasividad ante el procedimiento (por no oponerse al requerimiento de pago), circunstancia que dificulta aún más la apreciación de lesión del principio de efectividad. De hecho la doctrina critica que se podría haber llegado a un punto intermedio: a adecuar la legislación procesal española en vía interpretativa en el caso *Finanmadrid*. Todo ello para evitar la instauración de un principio de efectividad que, si bien permita el control judicial, no tolere por el contrario el reconocimiento de una acción judicial al consumidor en los casos de total pasividad<sup>445</sup>.

Debemos destacar que, en base a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el estatuto orgánico de los Secretarios Judiciales (Letrados de la Administración de Justicia) prevé que los mismos desempeñarán sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todo caso (art. 452-1 LOPJ), lo que puede constituir una analogía del Derecho español con la garantía de igualdad de trato que exige la legislación húngara a los notarios en el art. 1 de la Ley del Notariado Húngara (p. 55 de *Erste Bank of Hungary*). Es cierto que ni la legislación húngara ni la española permitían al profesional o autoridad correspondiente realizar el examen de conformidad a la Directiva 93/13, pero en un caso el TJUE lo considera conforme a Derecho de la Unión y en el otro no. Además en la versión anterior a la Ley 42/2015, de 5 de octubre del art. 815-3 LEC el Derecho español preveía mecanismos para realizar comprobaciones sin perjuicio del análisis del órgano jurisdiccional competente (*Si de la documentación aportada con la petición se desprende que la cantidad reclamada no es correcta, el secretario judicial dará traslado al juez...*).

Aun así, tratando de sintetizar una teoría de la doctrina jurisprudencial del TJUE respecto a la aplicación del principio de efectividad cuando en Derecho interno es competente para conocer del asunto una autoridad o profesional que no pertenezca a la función jurisdiccional, pueden decirse varias ideas. La primera, que el Tribunal de Justicia diferencia la función judicial de otras de carácter no judicial (como la notarial). En este sentido la Directiva 93/13 no regula el papel atribuible a la autoridad o profesionales no judiciales cuando ejercen atribuciones que corresponden a la autoridad judicial (como la capacidad de emitir títulos ejecutivos).

En este contexto surgiría un margen regulatorio de los Estados miembros en el que predominaría la autonomía judicial (con sus correspondientes límites). Si el sistema procesal habilita a una autoridad o profesional no judicial para desempeñar función

---

<sup>445</sup> *Ibid.*, pp. 1149-1150. Se fundamentaría en la toma en consideración de la idea de consumidor informado, y cómo así se llegaría al cumplimiento de las obligaciones del art. 169 TFUE (es decir, si la perspectiva de si el consumidor fue o no informado) hubiese sido una mejor motivación o argumentación que la que efectuó el TJUE sobre el principio de efectividad y la incompatibilidad del sistema procesal español respecto a la imposibilidad del Secretario Judicial de comprobar la abusividad.

preventiva del control de abusividad exigido por la Directiva 93/13 en el que se garantice una igualdad de trato a las partes contratantes, en ese caso la disposición normativa nacional resultaría adecuada aunque dicha autoridad o profesional no examine o la legislación no le permita examinar el posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

Como exigencia adicional, el Derecho procesal interno debe vertebrar las correspondientes vías de impugnación y cauces jurídicos para garantizar un control jurisdiccional de las funciones desempeñadas por la autoridad o profesional no judicial que correspondan directamente a la autoridad judicial.

Ahora bien, si del procedimiento asistido por la autoridad o profesional no judicial emana una resolución con fuerza de cosa juzgada, con efectos análogos a una resolución judicial y la autoridad no judicial carece de la competencia para llevar a cabo el examen o apreciación de la eventual abusividad de las cláusulas en el contrato, en tal caso se conculcaría el principio de efectividad a tenor de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13.

#### X. EL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN Y LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD EN EL MÁRGEN DE APRECIACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL

Visto el anterior debate, es preciso detenerse en otro de los principios destilados por el TJUE y que, espoleado por el principio de efectividad, ha tenido gran incidencia en el Derecho procesal interno. De hecho es previsible que, dadas las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a fecha de redacción del presente trabajo<sup>446</sup>, el debate jurídico sobre su aplicación en detrimento del Derecho procesal y sustantivo español (en particular) siga avivándose.

Como ya se ha comentado anteriormente, el artículo 6-1 de la Directiva 93/13 dispone que *“los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede*

---

<sup>446</sup> Cuestión prejudicial C-486/16, caso Bankia, remitido por un Juzgado de Primera Instancia de Alicante; cuestión prejudicial C-70/17, caso Abanca Corporación Bancaria, remitido por el Tribunal Supremo de España, y cuestión prejudicial C-179/17, caso Bankia, remitido por un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.



*subsistir sin las cláusulas abusivas*”. Es lo que algunos autores han venido en denominar “principio de no vinculación”<sup>447</sup>.

Es decir: el Estado no puede permitir ni en el Derecho privado interno ni en el Derecho procesal que las cláusulas abusivas vinculen al consumidor en un contrato celebrado entre el profesional y el mismo consumidor. Tal premisa queda clara como idea fuerza del principio, así como sus múltiples destinatarios (a todos los poderes del estado: legislativo, judicial y ejecutivo/administrativo, como al principio de efectividad del Derecho de la Unión). El problema viene en los efectos de dicha abusividad. Y es que el Derecho de la Unión establece una obligación muy tajante y de indudables repercusiones en la concepción tradicional del Derecho privado, pero con una condición. Y es que el contrato deberá seguir conservando la validez, con la condición de que pueda “sobrevivir” extirpadas las cláusulas abusivas.

Es así que a los efectos del presente epígrafe no nos centraremos ni en los presupuestos ni en las condiciones en los que la cláusula abusiva deberá ser tenida o no por abusiva, una vez superados los respectivos controles de transparencia, ya ampliamente debatido y tratado por la doctrina<sup>448</sup>. Al contrario, nos limitaremos a los efectos de la declaración de abusividad de una cláusula por los Órganos jurisdiccionales nacionales y el margen de maniobra que les queda a estos últimos ante la declaración. Este margen de maniobra puede socavar, en mayor o menor medida, las disposiciones normativas jurídico-procesales, como se verá al hilo del debate del vencimiento anticipado de deudas a plazos de contratos de préstamo hipotecario cuya ejecución se pretenda del art. 693 de la LEC española.

De este modo es preciso analizar la postura del Tribunal de Justicia en lo que respecta a los efectos de la declaración de abusividad de una cláusula a los efectos del principio de no vinculación.

El punto de partida ha de ser la ya aludida Sentencia Banco Español de Crédito (asunto C-618/10). La consecuencia principal es que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma ni integrar judicialmente el contrato<sup>449</sup>. Y relega la subsistencia del contrato al hecho de que, por un lado, (1) no se le acometa ninguna modificación más que la que resulte de la supresión de las cláusulas abusivas; y (2) que en virtud de las normas del Derecho interno, la persistencia del

---

<sup>447</sup> CHOLANI FARRAY, S., «El principio de no vinculación de cláusulas abusivas conforme a la reciente jurisprudencia del TJUE», *Revista de Estudios Europeos*, vol. 71, 2018, pp. 139-140.

<sup>448</sup> Vid., entre otros muchos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004,.

<sup>449</sup> GALLEGRO DOMÍNGEZ, I., «La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas: la directiva 93/13/CEE y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», cit., p. 34. El juez tiene el poder y deber de deducir todas las consecuencias que, en el ordenamiento nacional, se deriven del carácter abusivo de la cláusula, vid. SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «Recorrido por las sucesivas reformas del procedimiento monitorio y el reto del control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen II*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, p. 2828.

contrato sea jurídicamente posible. Para ello el TJUE se sustenta en la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13 (puntos 65-66 de Banco Español de Crédito).

Volviendo a incidir en la naturaleza y la importancia del interés público en el que se sustenta la protección que pretende garantizarse a los consumidores dada su inferioridad en la relación contractual (p.68 de Banco Español de Crédito) se llega a una consecuencia negativa: el juez nacional, en lo que respecta a la declaración de abusividad conforme a Derecho de la Unión, tiene limitadas las facultades de modificar el contenido de las cláusulas abusivas.

De este modo, el TJUE entiende que si el juez nacional tuviese la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas en contratos entre consumidor y profesional dicha facultad amenazaría la consecución del objetivo de cese de uso de cláusulas que contiene el art. 7 de la Directiva 93/13. A juicio del Tribunal la facultad modificadora de la cláusula contribuiría a eliminar el efecto disuasorio sobre los profesionales. Y de este modo los profesionales podrían verse tentados a utilizar dichas cláusulas abusivas aun a sabiendas de que, aun declarada la nulidad de las mismas, el contrato podría integrarse por el juez nacional. Este punto de vista sobre la conservación de la cláusula fue interpretada como en interés de los profesionales (p. 69 de Banco Español de Crédito). A mayor abundamiento el Tribunal de Justicia entiende que la facultad judicial de modificar el contenido de la cláusula tampoco podría fundamentarse en el art. 8 de la Directiva 93/13 -que concede a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión- pero siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (p. 70 de Banco Español de Crédito).

De este modo en Banco Español de Crédito se interpretó el art. 6-1 de la Directiva 93/13 en un sentido muy tajante. El principio de no vinculación no permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva<sup>450</sup>. Su postura se centraría en limitarse a dejar la cláusula abusiva sin aplicación frente al consumidor (p. 71 de Banco Español de Crédito). Tal concepción, como hemos apuntado, es de contenido tajante o categórico, y restrictiva del margen de maniobra del juez nacional (e indirectamente y por la consiguiente aplicación del principio de efectividad, a la legislación procesal que habilite al juez nacional). Parece apuntar a que la única salida, en el caso de detectar la nulidad por abusividad, es una: dejar sin aplicación la cláusula. Dinamitarla en su total contenido y extensión.

Así el TJUE llega a la determinación de que el art. 6-1 de la Directiva 93/13 se oponía al artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (p. 73 de Banco Español de Crédito). El artículo, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo,

---

<sup>450</sup> En tal sentido y en relación a la facultad de moderación e integración vid. MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 150.

disponía que “*La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato*”. A juicio del Tribunal de Justicia tal redacción atribuía al juez nacional la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva aún declarada a la nulidad de la cláusula abusiva.

Se consideró incorrecta la transposición al derecho español de la Directiva 93/13, al permitir al juez integrar la cláusula declarada abusiva con arreglo al artículo 1258 Código Civil. Como consecuencia de esta doctrina, el artículo 83 del RDL 1/2007 se modificó por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, suprimiendo la posibilidad de integración judicial de la cláusula declarada nula por abusiva<sup>451</sup>. Tras la reforma se mantuvo la obligatoriedad del contrato para las partes en los mismos términos, pero siempre que el contrato pudiese subsistir sin las cláusulas (en un tenor similar a lo establecido en el art. 6-1 de la Directiva 93/13).

Es preciso destacar que la modulación de los efectos de nulidad o ineficacia de la cláusula fue practicada por el Tribunal Supremo de España en su Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil núm. 241/2013 de 9 de mayo (RJ 2013\3088)<sup>452</sup>. En ella se concluye la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas limitativas a la baja de interés variable (suelo) no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados por los consumidores en la fecha de publicación de la sentencia. Entre otros motivos el Tribunal Supremo adujo que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico. A pesar de ello tal irretroactividad de los efectos de la sentencia para las cantidades depositadas anteriormente a su dictado y la modulación implícita que implicaba de una cláusula abusiva fue declarada contraria al art. 6-1 de la Directiva 93/13, al limitarse en

---

<sup>451</sup> LACABA SÁNCHEZ, F., «El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria», cit., edición digital. Aun así la reforma ha sido tachada de insuficiente, pues la doctrina española considera que este precepto no realiza las matizaciones necesarias derivadas de las consecuencias de la no integración de la cláusula declarada abusiva. Se pide al legislador español la aclaración de aspectos como la aplicación del interés legal del dinero del art. 1108 del Código Civil español u otros criterios con los que dar respuesta a la indemnización del acreedor en caso de incumplimiento de la obligación por el deudor. Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Los efectos de la declaración de abusividad de cláusulas hipotecarias en la ejecución», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. DE LOS Á. Y OTROS (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 812.

<sup>452</sup> La interpretación efectuada fue la declaración de la nulidad de las cláusulas suelo carentes de transparencia, pero se señaló que esta nulidad no tendría efecto retroactivo. En este sentido, las entidades bancarias solo estaban obligadas a devolver las cantidades ingresadas indebidamente por los consumidores tras la fecha de publicación de la sentencia. Vid. CHOOLANI FARRAY, S., «El principio de no vinculación de cláusulas abusivas conforme a la reciente jurisprudencia del TJUE», cit., p. 140.

el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de la cláusula suelo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 y C-307/15, caso Gutiérrez Naranjo.

En interpretación del caso Gutiérrez Naranjo puede afirmarse que al igual que el principio de efectividad en la legislación procesal implica que los Estados miembros no pueden establecer barreras en sus ordenamientos jurídicos internos para que un juez nacional no pueda aplicarlo en el contexto de un litigio entre particulares, el principio de no vinculación se traduce en otra obligación positiva para los Estados miembros. Es así que la eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en un contrato consumidor-profesional no puede tener límites en el Derecho interno (por ejemplo, un límite de naturaleza temporal, como la irretroactividad)<sup>453</sup>.

La interpretación del margen de maniobra restrictivo del juez nacional para atribuir otros efectos que no pasen por la inaplicación de la cláusula abusiva se volvió a mantener en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, respecto al artículo 6-94-1 del Código Civil de Países Bajos (*Burgerlijk Wetboek*). El Tribunal de Justicia interpretó que el art. 6-1 de la Directiva 93/13 no permita al juez nacional simplemente reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor en lugar de excluir plenamente la aplicación de la cláusula, si apreciaba el carácter abusivo de dicha cláusula (p. 59 de Abeek Brusse)<sup>454</sup>. Todo ello aunque le autorizase del derecho nacional (p. 60 de Abeek Brusse).

Es preciso resaltar una interpretación que entendemos útil para diferenciar los efectos de la declaración de nulidad en el ordenamiento interno: no es lo mismo la

---

<sup>453</sup> GALLEGO DOMÍNGEZ, I., «La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas: la directiva 93/13/CEE y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», cit., p. 35. Igualmente se ha criticado, en relación al caso Gutiérrez Naranjo, que el TJUE no haya aplicado la doctrina del efecto útil en lo que respecta a los efectos del principio de cosa juzgada del Derecho interno. Tal doctrina hubiese obligado a reconsiderar los procedimientos nacionales en su totalidad a la hora de aplicar la Directiva 93/13, incluyendo las normas de cosa juzgada. De este modo, si una institución como la cosa juzgada se encuentra arraigada firmemente en el Derecho procesal nacional, se dificultaría la formulación de una excepción a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 en lo que respecta al principio de efectividad. Vid. BECH SERRAT, J. M., «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?», cit., pp. 55-56. En un sentido similar ARROYO AMANUELAS, E., «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», cit., p. 70, según la cual la autonomía procesal de los estados exige respeto al efecto de cosa juzgada en salvaguardia de la seguridad jurídica. Y como sostiene la doctrina, las sentencias del TJUE tienen carácter retroactivo, con efecto “*ex tunc*”, vid. PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 159.

<sup>454</sup> Una opinión doctrinal sostiene que en el caso Abeek Brusse no se negó realmente la facultad del juez de integrar el contrato, pues no se trataba de un caso en el que el juez apreciase una cláusula abusiva, y la dicotomía estuviese entre la exclusión de la mía y la aplicación de otra norma del ordenamiento. La razón a juicio del autor que vamos a citar es que los consumidores eran los que habían pedido la moderación de la cláusula contractual, y no su simple anulación por abusividad. Por tanto se había reducido o extinguido el desequilibrio existente entre el empresario y el consumidor, por lo que el juez tuvo que resolver más allá de lo solicitado por el consumidor. Este hecho habría impedido la integración contractual. Vid. PAZOS CASTRO, R., «El control judicial de las cláusulas abusivas existentes en los procesos de ejecución hipotecaria. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C- 484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank)», *La Ley Unión Europea*, vol. 26, 2015, pp. 5-6.

moderación o reducción de la cláusula conservando sólo su parte válida, que integrar el contrato con una regulación una vez declarada la nulidad de dicha cláusula. Con la reducción o moderación se mantendría la cláusula, mientras que con la integración judicial del contrato se buscaría el mantenimiento del contrato, una vez que la cláusula declarada nula hubiese sido expulsada del mismo<sup>455</sup>.

Y en este contexto cobra importancia la llamada “*blue pencil doctrine*” o del lápiz azul, originaria del Derecho anglosajón. A partir de la declaración de nulidad de una cláusula conforme al derecho anglosajón, se concebía la posibilidad de dar validez al resto de la cláusula cuando se cumpliesen tres requisitos: 1.º *Que los términos alcanzados en el acuerdo entre las partes protegieran un legítimo interés*. 2.º *Que dichos términos fueran razonables (equilibrio, proporcionalidad y buena fe) para ambas partes*. 3.º *Que los términos no fueran contrarios al orden público* (sintetizados en el caso de la Cámara de los Lores británica *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns*<sup>456</sup>). Aunque una parte de la cláusula sea declarada nula, puede darse validez no ya al resto del contrato, sino al resto de la cláusula no afectada por la nulidad. La aplicación de esta doctrina ha sido planteada por el Tribunal Supremo de España al TJUE con el Auto de 8 de febrero de 2017, en el que se formulan cuestiones prejudiciales que dan lugar al asunto C-70/17, en relación a la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado<sup>457</sup>. El Tribunal Supremo se plantea la posibilidad de que no toda cláusula de vencimiento anticipado sea por sí misma abusiva, pudiendo darse el caso de que lo abusivo no fuese todo el contenido de la cláusula enjuiciada, sino únicamente una parte de la misma (en lo que se refiere no a la posibilidad general de acordar el vencimiento anticipado por incumplimiento, sino al número y entidad de los impagos que determinan dicho vencimiento anticipado). Bajo este prisma sería posible la continuación de la ejecución de dicha cláusula.

La *blue pencil doctrine* y la extensión de la nulidad parcial del contrato podría llegar a constituir una excepción al carácter taxativo que el TJUE concede a los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, cuestión que en la fecha de

---

<sup>455</sup> ARROYO AMANUELAS, E., «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», cit., pp. 87-88.

<sup>456</sup> A partir de casos de la Cámara de los Lores como *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co Ltd* [1894] AC 535 o *Daymond v. South West Water Authority* se originó la aludida doctrina. A modo ilustrativo el primer supuesto se originó en relación a una restricción de comercio (un fabricante de armas que había vendido su comercio acordó que no competiría con la otra empresa por un periodo de 25 años), en la que la Cámara de los Lores entendió que tal restricción (que a primera vista se debería considerar nula) podía volverse válida. El tribunal dividió la restricción, e hizo cumplir el acuerdo modificando la imposibilidad de fabricar o competir contra el contrario durante 25 años.

<sup>457</sup> Vid. SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Blue pencil rule y cláusulas de vencimiento anticipado. (A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17)», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 9171, 2018, edición digital. El mismo se manifiesta discrepante de aplicar la *blue pencil doctrine* a la controversia sobre el vencimiento anticipado del contrato de crédito hipotecario por tres razones: primero entiende que no se protege un legítimo interés al protegerse en exclusiva el interés de la entidad financiera. Segundo, tampoco entiende que los términos sean razonables conforme a la proporcionalidad o la buena fe, en tanto que el plazo para el vencimiento anticipado es “corto e indeterminado”. Y finalmente entiende que los términos son contrarios al orden público en tanto que el propio TJUE ha establecido que el mantenimiento de cláusulas abusivas atenta al orden público comunitario.

redacción del presente trabajo se encuentra *sub iudice* comunitario. No obstante entendemos que sí podría llegar a constituir otra excepción al carácter taxativo que el TJUE concede a los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, en tanto que no supone una aplicación parcial de la parte de la cláusula declarada abusiva, lo que diferenciaría esta figura de la moderación de la cláusula.

A pesar de todo lo anteriormente expuesto la posición rígida va diluyéndose, en parte influenciada por el objetivo perseguido por el legislador de la Unión en la Directiva 93/13 de en restablecer el equilibrio entre las partes. Ello mantendría la validez global del contrato, y debería provocar *per se* la anulación de todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. Así lo dispuso la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10, caso Pereničová y Perenič en su punto 31. De este modo habría que reconocerse que constituye un objetivo más acorde con la *voluntas legis* el mantener la validez del contrato que en anularlo todo, buscando y optando por soluciones graduales.

En Pereničová y Perenič se introdujo un criterio para determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, cual es el llamado “efoqe objetivo”: del tenor del art. 6-1 de la Directiva 93/13 así como de los como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas se entendió que la posición de una de las partes en el contrato (como el consumidor), no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato. Por lo tanto, para que el juez decida sobre la posible subsistencia del contrato sin las cláusulas abusivas no puede basarse exclusivamente en el carácter eventualmente favorable, para el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto (Pereničová, puntos 32-33). La doctrina critica que el propio TJUE no delimita con precisión qué se entiende por criterio objetivo y se remite a las conclusiones de la abogada general Verica Trstenjak en el referido asunto (al que también se remite el TJUE) en su conclusión 68: el criterio objetivo lo constituirían otros factores como por ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación o ejecución subsiguiente del contrato, o lo que es lo mismo: la desaparición de la base del negocio desde la perspectiva de ambas partes del contrato<sup>458</sup>.

Y es así como se llega a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerné Rábai, derivado de un caso de ejecución de un préstamo hipotecario determinado en divisas (franco suizo). Esta Sentencia se aparta de la postura más monolítica que el Tribunal de Justicia había mantenido en su jurisprudencia anterior, tendente a no reconocer más efecto para la declaración de abusividad de una cláusula que la no aplicación. Y para ello introduce un nuevo efecto: la sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional.

---

<sup>458</sup> ARROYO AMANUELAS, E., «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», cit., 86-87.

El Tribunal Supremo húngaro (*Kúria*) en su tercera cuestión prejudicial planteó al Tribunal de Luxemburgo si el art. 6-1 de la Directiva 93/13 permitía al juez nacional no eliminar la invalidez de la cláusula abusiva, siempre en beneficio del consumidor. A este respecto señalaba la posibilidad de que el Derecho nacional contuviese una norma supletoria que, en caso de que se omitiese la cláusula inválida, regularse la cuestión jurídica de que se trate. Dicho de otro modo, que el propio Derecho nacional estableciese una disposición normativa aplicable e integrable en el contrato en sustitución de la cláusula declarada abusiva, lo que *a priori* podría suponer una excepción o contradicción con la rotundidad del Tribunal demostrada en el p. 76 de Banco Español de Crédito (como el propio Tribunal Supremo Húngaro destacaba).

A pesar de las consideraciones sobre la facultad de integración del juez nacional motivadas por el efecto disuasorio, el Tribunal de Justicia entendió que tal interpretación del art. 6-1 de la Directiva 93/13 no se oponía a que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprimiese la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional (p. 80 de Kásler).

El Tribunal de Justicia, en sustento de la sustitución, argumentó que se presumía que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados no contenían cláusulas abusivas, en atención al considerando 13º de la Directiva 93/13 (*se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas*). Por esa regla, la sustitución de la cláusula por disposiciones legales o reglamentarias estaría plenamente justificada por la finalidad de la Directiva 93/13 al consigue el resultado de que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula discutida y a pesar de ello y siga obligando a las partes (p. 81 de Kásler). Igualmente se sustenta en el fundamento de Pereničová y Perenič, en lo que respecta a que es igualmente objetivo de la Directiva 93/13 la restitución del equilibrio formal del contrato para lograr un equilibrio real que restablezca la igualdad de las partes, y no anular sistemáticamente el contrato.

Sustentar una tesis de aplicación absoluta de los efectos de la nulidad de la cláusula declarada abusiva, sin permitir siquiera la sustitución, se obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad. En el escenario de una anulación total del contrato el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (entendemos que de pérdida de derechos adquiridos por el contrato), por lo que a juicio del Tribunal de Justicia se desvirtualizaría el carácter disuasorio resultado de la anulación. Y por lo tanto podrían frustrarse los objetivos de la Directiva 93/13 (p. 83 de Kásler).

En el caso Kásler, la cláusula concreta del contrato de préstamo hipotecario de la que se pretendía su anulación consistía en la fijación del importe de las cuotas mensuales en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por el banco. El Tribunal de Justicia entendió que, en tal situación, si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el

contrato en su totalidad (en la determinación de cuota o intereses), la anulación tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución. Y la devolución tendría lugar bajo una cuantía que podría exceder de la capacidad económica del consumidor. De este modo el caso Kásler es un ejemplo de cómo aplicando la absoluta inaplicación de la cláusula puede penalizarse al consumidor más que al prestamista; y este último no se disuadiría de insertar cláusulas en los contratos que ofreciese (aprovechándose de este modo de los efectos de la declaración de nulidad e inaplicación en un espíritu contrario a la Directiva 93/13, como aclara el punto 84 de Kásler).

Por todo ello se interpretó el artículo 6-1 de la Directiva 93/13 en el sentido que si un contrato (entre un profesional y consumidor) no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, tal artículo no se opone a que la normativa nacional permita al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional (p. 85 de Kásler).

De este modo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abrió una alternativa al efecto principal de inaplicación absoluta dada la nulidad: la sustitución por una disposición normativa nacional supletoria. Pero ello siempre que no se menoscabase el principio de orden público comunitario *pro consumatore* que preside el Derecho europeo de consumo. Es decir, el juez nacional puede optar por inaplicar la cláusula abusiva o por sustituirla por una disposición nacional para evitar la muerte del contrato. Pero de las dos opciones habrá de decantarse por la más beneficiosa para el consumidor<sup>459</sup>.

---

<sup>459</sup> Sobre el carácter más beneficioso del consumidor en la extensión de la nulidad vid. RICCI, F., «I contratti del consumatore: le clausole vessatorie», en ROSSI CARLEO, L. (coord.) *Diritto dei consumi*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 75-76.



## CAPÍTULO CUARTO

### **EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO Y EL PROCESO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

#### **§5. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD, LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE ASEGURAR LA NO VINCULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.**

Como puede desprenderse de la valoración global de toda la jurisprudencia analizada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha experimentado una marcada evolución en la aplicación del principio de efectividad en el ámbito de Derecho de consumo, y en especial de la Directiva 93/13. Ha pasado de realizar una verdadera y adecuada ponderación omnicompreensiva de la observación del conjunto del procedimiento con todos sus actos, trámites y fases, así como de sus instancias y cauces jurídicos a una especie de intervención positiva, en la que con casi absoluta libertad se zambulle en los Derechos procesales nacionales, en mucha mayor medida que otros ámbitos que no pertenecen al Derecho de consumo de la Unión Europea. Esta intervención positiva de la interpretación del principio de efectividad va más allá de los límites permitidos por el Derecho procesal nacional, y lejos de buscar un acomodo lo menos traumático posible entra a cuestionar y rebatir directamente el contenido básico de las instituciones procesales de los Estados miembros. Este es un factor que consideramos esencial y más adecuado, máxime cuando se cuestiona la validez del Derecho procesal interno de un Estado miembro emanado de un legislador soberano frente a una competencia que no se ha atribuido verdaderamente a la Unión ni se encuentra armonizado (como es la legislación en materia de Derecho procesal).

Dado lo expuesto, y partiendo de la interpretación específica que hace el TJUE de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13, procederemos al estudio del principio de

efectividad en relación con los pronunciamientos efectuados en relación al procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>460</sup>.

La Sentencia Aziz, si bien puede incluirse en el elenco de resoluciones judiciales que interpreta y aplica el principio de efectividad como mecanismo moderador del Derecho procesal nacional a la luz del europeo, constituye el punto de partida de otro fenómeno de destacable importancia.

Nos referimos al cuestionamiento, al amparo del Derecho europeo de consumo y por medio de la aplicación del principio de eficacia de un tratamiento jurídico-procesal especializado, en los Estados miembros, de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa en los supuestos en los que el bien enajenado constituye un inmueble gravado con hipoteca.

A raíz del pronunciamiento de la comentada Sentencia Aziz, se originó un conjunto de reclamaciones, canalizadas a través de diversas cuestiones prejudiciales, tendentes a la discusión de la configuración legal del proceso español de ejecución hipotecaria. Por ello, se hace necesario comprobar hasta qué punto se ha aplicado el principio de efectividad a la ejecución hipotecaria española y su grado de extensión.

Especial atención ha prestado el TJUE al contrato de préstamo hipotecario, no sólo por su indudable dimensión en materia de consumo. También se trata de un contrato que se extiende de forma considerable en el tiempo (formando parte significativa de la vida de una persona) y cuya materialización económica resulta muy compleja. Por ello entendemos que es incluso calificable como contrato para la existencia (o *life time contract*<sup>461</sup>).

La aplicación de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 a las ejecuciones de contratos con una garantía hipotecaria ha tenido múltiples vicisitudes prácticas. La autonomía procesal de los Estados ha ido cediendo terreno al principio de efectividad conforme se ha ido sometiendo a criterio del tribunal las distintas tramitaciones y efectos del procedimiento español de ejecución hipotecaria.

De este modo puede sostenerse, como idea preliminar, que desde el momento en el que la regulación procesal nacional de la ejecución de la garantía hipotecaria limita la facultad del juez nacional para aplicar el Derecho de la Unión (apreciando y declarando el eventual carácter abusivo de alguna de las cláusulas presentes en el contrato que da

---

<sup>460</sup> La interpretación dada por el TJUE de estos preceptos ha supuesto el principal sustento para declarar la inadecuación a Derecho de la Unión de determinados aspectos de la normativa española en materia de ejecución hipotecaria a la norma europea. Vid. BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., «El procedimiento de ejecución hipotecaria y su adecuación a la normativa europea en materia de protección de los consumidores por cláusulas abusivas», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 39, 2016, p. 28.

<sup>461</sup> Entendiéndose como tales aquellas relaciones jurídicas contractuales de larga duración, cuyo objeto es satisfacer necesidades humanas esenciales (como en este caso, la vivienda), y facilitan la integración y participación de la persona en la sociedad a lo largo de su vida, configurándose como básico para la existencia al satisfacer necesidades elementales. Vid. NOGLER, L. Y REIFNER, U., «The New Dimensions of Life Time in the Law of Contracts and Obligations», en NOGLER, L. y REIFNER, U. (coords.) *Life Time Contracts*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014, prefacio, pp. XXVIII-XXIX.

inicio a la ejecución) en cualquiera de las manifestaciones o márgenes de actuación de los que dispone un órgano jurisdiccional en su actuación ordinaria estaría transgrediendo la línea roja del principio de autonomía procesal y conculcando el principio de efectividad. Ello no es fácil y puede matizarse o potenciarse en las diversas fases del procedimiento.

Por ello se precisa acometer un análisis específico de los diversos pronunciamientos del TJUE en los que se ha cuestionado la conformidad al Derecho europeo de consumo de una pretendida ejecución de contrato con de la garantía hipotecaria.

#### I. REQUISITOS PARA LA INADECUACIÓN AL DERECHO DE LA UNIÓN: LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES DEL JUEZ NACIONAL Y ADECUACIÓN DIRECTA DEL CONFLICTO AL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN.

1. La imposibilidad del órgano jurisdiccional para examinar el contenido del título ejecutivo o para adoptar medidas necesarias para garantizar la efectividad plena de la resolución final.

La comentada sentencia Aziz puede señalarse como punto de partida en la cuestión, quedando patente que la cognición limitada del proceso español (traducida en la imposibilidad de formular motivos de oposición basados en el Derecho sustantivo europeo, y en concreto del carácter abusivo de una cláusula fundamento del título ejecutivo) en la regulación entonces vigente anterior a la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Tal regulación anterior impedía la adopción de medidas cautelares, y en particular la suspensión del procedimiento cuando fuese necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial final.

Poco después fue dictado el Auto del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 2013, Caso Banco Popular Español y Banco de Valencia, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13. Los procedimientos que dieron lugar a la comentada resolución, de naturaleza idéntica, se centraban en el planteamiento de dudas, por parte de dos juzgados de primera instancia españoles en los que se despachaba un procedimiento de ejecución hipotecaria, del respeto del Derecho procesal español a lo dispuesto en el art. 7-1 de la Directiva 93/13, al instarse la ejecución por la entidad bancaria con dos cláusulas abusivas (en el caso estudiado, cláusula suelo y vencimiento anticipado).

Las dudas planteadas por el tribunal nacional (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Catarroja) en el asunto C-537/12 se plasmaban en el hecho de si se

oponía el art. 7-1 de la Directiva 93/13 a una normativa nacional que impide a un órgano jurisdiccional que conoce de un proceso de ejecución hipotecaria (en el supuesto de estudio la ejecución hipotecaria española de los arts. 681 a 695 LEC), examinar de oficio o a instancia de parte el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, tanto si se ha formulado oposición (única vía procesal, y limitada en los argumentos planteables dentro del propio procedimiento, que tiene el deudor para cuestionar la pretensión del acreedor) como si no lo ha hecho. Consiguientemente, la resolución de tal cuestión a la luz del derecho europeo podría acarrear la suspensión del procedimiento si posteriormente se inicia un procedimiento declarativo en el que se solicita que se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida radicada en el contrato celebrado cuya ejecución ha tenido lugar entre el profesional y el consumidor.

Por otra parte, las dudas del tribunal nacional (Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca) en la cuestión prejudicial en materia procesal planteadas a raíz del asunto C-116/13 objetaban que el procedimiento español de ejecución hipotecaria podría no respetar el art. 7-1 de la Directiva 93/13, al no permitir como presupuesto para decidir el despacho de la ejecución (vía en la que se admite a trámite la pretensión ejecutiva) el control judicial de oficio de una cláusula (en el caso de vencimiento anticipado del préstamo) que podría considerarse abusiva en sí misma y en su concreta aplicación al caso. De ser admitida la intervención del juez, se preguntó el alcance.

En este sentido (c. 47) constata el Tribunal de Justicia que el sistema procesal español no permite al juez que conoce de la ejecución, examinar (de oficio o a instancia de parte) el contrato del que se deriva la deuda reclamada si se plantean razones diferentes de los motivos de oposición expresamente previstos, ni adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del proceso declarativo, si el procedimiento en el que se sustancia dicha pretensión del acreedor es un procedimiento de ejecución hipotecaria. Tal limitación alcanzaría no sólo cuando se aprecie el carácter abusivo, a la luz del artículo 6 de la Directiva 93/13, sino también cuando se compruebe que tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público (razón por la que no se vulneraría el principio de efectividad).

Respecto al principio de efectividad, en virtud del artículo 695 LEC, en los procedimientos de ejecución hipotecaria la oposición del ejecutado con anterioridad a la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo la ejecución únicamente se admitía en circunstancias tasadas por la legislación procesal española<sup>462</sup>.

---

<sup>462</sup> Cuando se fundamentase en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible –cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado– o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Art. 695 pp. 1º, 2º y 3º. Tras el cuestionamiento de dicho precepto a la luz del Derecho europeo de consumo con el caso Aziz, el legislador español tuvo que optar entre dos posibilidades: por un lado permitir el examen y decisión del carácter abusivo de la cláusula en el proceso de ejecución hipotecaria (como causa de oposición); o incorporar en la relación de

Tal limitación de las causas de posición debía leerse en conjunto con el artículo 698 LEC, en virtud del cual cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versasen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarían en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria.

Ello llevaba a que, como ya se declaró previamente en la sentencia Aziz, en el sistema procesal español la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo implique la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal del art. 131 de la Ley Hipotecaria.

El régimen procesal español de ejecución hipotecaria, en la medida que además de todo ello impide al juez que conoce de la ejecución bien sea apreciar, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula ubicada en el contrato del que resulta la deuda reclamada y que constituya fundamento del título ejecutivo, o bien adoptar medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13. Todo ello siempre que tales medidas cautelares resulten necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del proceso declarativo ante el cual el consumidor haya alegado ese carácter abusivo (c. 55).

En tales casos la normativa española controvertida en los litigios principales no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados por los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferirles.

Por ello, en el caso Banco Popular Español se llega al a determinación de que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el procedimiento español de ejecución hipotecaria, que no permite al juez que conoce de la ejecución examinar (de oficio o a instancia del consumidor), el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares (y en particular la suspensión de la ejecución), cuando acordar tales medidas sea un fin necesario que garantice la plena eficacia de la resolución final del

---

causas de suspensión de la ejecución una nueva que consistiese en acordar la paralización por haberse planteado en un proceso declarativo el carácter abusivo de la cláusula (como medida cautelar ya lo fuera como pronunciamiento prejudicial). Finalmente el legislador español se decantó por el examen en el mismo proceso por ser la que se adecuaba mejor con el objetivo de dotar a la realización de la garantía hipotecaria de un procedimiento ágil y rápido. Vid. HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las exigencias procesales europeas», cit., p. 58.

juez que conozca del correspondiente proceso declarativo (a efectos internos competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula), como se detalla en el considerando 60 del Auto Banco Popular).

Tanto los casos Banco Popular como Aziz deben interpretarse en la misma línea que la comentada y famosa sentencia *Factortame I* (C-213/89): el principio de efectividad debe interpretarse en amparo de la tutela cautelar o de urgencia y en aumento de los poderes instructores de los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>463</sup>.

2. La imposibilidad para el consumidor de recurrir en apelación la resolución desestimatoria de la oposición a la ejecución en la legislación procesal.

En el caso Banco Popular Español, al igual que en el caso Aziz, se cuestiona la adecuación a Derecho de la Unión de los artículos 695 1 y 2 (causas de oposición a la ejecución), en el art. 698-1 LEC (reclamación no comprendida en el ámbito de la oposición), así como 131 (regulador de la anotación preventiva) y 153 bis de la Ley Hipotecaria (determinación de la cantidad del crédito hipotecario en caso de ejecución). No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión va depurando progresivamente el procedimiento español de ejecución hipotecaria, resolución tras resolución.

Así ocurrió en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014, caso Sánchez Morcillo y Abril García (I), asunto C-169/14; en la que avanzó el cuestionamiento nomofiláctico del proceso español de ejecución hipotecaria en base al Derecho europeo de consumo, introduciendo en el debate un nuevo factor como la interpretación conforme a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La norma interna española cuestionada se trataba del art. 695-4 LEC, regulador del recurso de apelación resuelto el incidente de oposición en el proceso de ejecución

---

<sup>463</sup> Tal carácter esencial vendría dado por el principio en virtud del cual la duración del proceso no puede perjudicar a quien posee razón. Vid. CARANTA, R., «Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare», cit., pp. 1900-1901. Son igualmente destacables las conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesauro al caso *Factortame I* presentadas el 17 de mayo de 1990. En el mismo el Abogado General parte de la exigencia que es el fundamento y razón de ser de la tutela cautelar. Se parte del hecho de que es figura que durante mucho tiempo estuvo asentada en la teoría jurídica general procesal y en los ordenamientos de los Estados miembros (p.11 de sus conclusiones). Para Giuseppe Tesauro la tutela cautelar en su plasmación nacional tiene exactamente una finalidad objetiva: actuar de forma que el plazo necesario para el reconocimiento del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho haciendo nula la posibilidad de su ejercicio. Esta finalidad objetiva consiste conseguir la finalidad fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, que es la efectividad de la tutela jurisdiccional (p. 18 de sus conclusiones).

hipotecaria, en virtud de la cual *“contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación”* (es decir, como posteriormente analizaremos se trata de un presupuesto de hecho normativo previsto para el caso de que el órgano judicial nacional resolviese a favor de la parte ejecutada, en contra del criterio del ejecutante, permitiéndole al ejecutante acceder a instancias adicionales). *“Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”* (en sentido contrario, se trata de un presupuesto de hecho normativo contrario a la parte ejecutada, impidiéndole recurrir y quedándose la resolución firme a favor del ejecutante). Igualmente en el marco jurídico se tuvo en cuenta el art. 552 1-3, regulador de los recursos que cabe interponer contra la denegación del despacho de la ejecución dineraria, el 557, relativo a la oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales; y el 561-1, sobre el auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo, todos ellos de la LEC española.

El litigio de origen se derivó de un procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que la entidad prestamista pretendió la realización de un préstamo garantizado con hipoteca en el que residían cláusulas presuntamente abusivas a los efectos del art. 3-1 de la Directiva 93/13. Los ejecutados formularon incidente de oposición, que fue desestimado en primera instancia. Posteriormente interpusieron recurso de apelación contra el Auto de dicho Juzgado resolutorio del incidente ante la Audiencia Provincial de Castellón. La Audiencia de Castellón reparó que el procedimiento civil español permitía interponer recurso de apelación contra la resolución judicial de la oposición a la ejecución si ponía fin a la ejecución como fruto de la oposición estimatoria formulada por el deudor. Lo que no permitía, en sentido contrario, era interponer recurso de apelación si esa misma resolución del incidente de oposición era en sentido desestimatorio de las pretensiones del deudor, lo que suprimía sus las posibilidades procesales de atacar o impugnar dicha resolución. Por ello en la cuestión prejudicial se pusieron de relieve las dudas de compatibilidad con el objetivo de protección de los consumidores de la Directiva 93/13, así como con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

El caso Sánchez Morcillo I tiene un rasgo característico. Además de la adecuación al principio de efectividad, se opta por una nueva variable para argumentar la adecuación del Derecho procesal español al comunitario: la tutela judicial efectiva. La obligación de que existan los medios adecuados y eficaces del art. 7-1 de la Directiva 93/13, se relaciona con el artículo 47 de la CDFUE, para ofrecer una interpretación del propio Derecho procesal interno. Para ello se parte de una idea esencial: los procedimientos de ejecución nacionales, en los que se incluyen los procedimientos de ejecución hipotecaria, están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (c. 25 de

Sánchez Morcillo I) por mucho que el legislador interno quiera otorgarles un tratamiento específico.

Y a pesar de la reforma que operó el legislador español sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, la normativa nacional española seguía manteniendo una grave desigualdad en la sustanciación del procedimiento. Tal patología se basaba en la circunscripción de la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la resolución en exclusiva para los supuestos en los que el juez de la ejecución hubiese estimado una oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución. De esta forma el Derecho procesal civil español estableció una diferencia de trato entre el profesional y el consumidor como partes en el procedimiento. Quedó constatado únicamente podía interponerse recurso de apelación en el caso de que la oposición se hubiese considerado fundada. De este modo el Derecho procesal español ponía a disposición del profesional de un recurso contra una resolución contraria a sus intereses, mientras que, en el supuesto de que la oposición fuese desestimada, el consumidor carecía de la posibilidad de recurso (c. 30 de Sánchez Morcillo I).

Siguiendo con el razonamiento habitual a la hora de enjuiciar los límites a la autonomía procesal, se procedió al correspondiente examen de equivalencia y efectividad. Nada se objetó respecto del principio de equivalencia, ya que el sistema procesal español no preveía que el consumidor pudiese interponer un recurso de apelación sin importar que dicha oposición se fundamentase con arreglo a la Directiva 93/13 o a las normas nacionales de orden público. Donde sí se encontró la conculcación correspondiente fue respecto al principio de efectividad.

Se parte de que, según el Derecho europeo, el principio de tutela judicial efectiva no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal<sup>464</sup>. Por ello *a priori* el hecho de que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado en una ejecución hipotecaria tan sólo disponga de una única instancia judicial para hacer valer los derechos conferidos por la Directiva 93/13 no resultaría contrario al Derecho de la Unión (considerando 36 de Sánchez Morcillo I).

No obstante, el Tribunal de Justicia se detiene en las particularidades propias del proceso español de ejecución hipotecaria, cuya sustantividad y especialidades propias otorgadas por el Ordenamiento procesal interno son interpretadas como contrarias al espíritu de la Directiva 93/13. La razón es que el proceso de ejecución

---

<sup>464</sup> Sentencia del TJUE de 28 de julio de 2011, asunto C-69/10, caso Samba Diouf, punto 69. La limitación sería en materia civil, pues en materia penal los textos internacionales de protección en materia de Derechos humanos garantizan el derecho de las partes a una doble instancia penal. Así establece el art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1996 (cuyo Instrumento de Ratificación por parte de España se encuentra publicado en el BOE nº 103, de 30 de abril de 1977) y el art. 2 del Protocolo 7º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (cuyo Instrumento de Ratificación por parte de España se encuentra publicado en el BOE nº 249, de 15 de octubre de 2009).



hipotecaria otorga un trato privilegiado al profesional/prestamista. En primer lugar el proceso ejecutivo hipotecario puede tener por objeto un bien inmueble que responda a la necesidad de vivienda, básica del consumidor. Además, puede ser incoado a instancia de un profesional sobre la base de un documento notarial (escritura de préstamo garantizado con hipoteca) dotado de fuerza ejecutiva por la LEC española. El contenido de la escritura de préstamo ni siquiera puede haber sido objeto de un examen judicial destinado a determinar el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas abusivas que pudiera contener. Dado el marcado privilegio del profesional frente al consumidor, el Tribunal de Justicia entiende que se hace necesario que el ejecutado/consumidor pueda y deba obtener una tutela judicial eficaz (c. 38 de Sánchez Morcillo I).

La adecuación de la legislación española al Derecho europeo de consumo se hizo palpable, a pesar de las reformas operadas con la Ley 1/2013. Por un lado el reformado art. 552-1 LEC no impone al juez de la ejecución la obligación de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que constituyan el fundamento de la demanda, sino que le atribuye la mera facultad de efectuar tal examen<sup>465</sup>. El art. 695-1 LEC, a la hora de regular la oposición por el carácter abusivo de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución, pero por otra parte el art. 552-1 LEC, condicionaba y sometía a condicionantes temporales -como la obligación de dar audiencia por quince días a las partes y la de acordar lo procedente en el plazo de cinco días- al examen por el juez de la oposición fundada en el carácter abusivo de la cláusula contractual.

Las características presentes y analizadas en el proceso de ejecución hipotecaria desembocaban en el hecho de que si la oposición formulada contra la ejecución hipotecaria instada por el acreedor era desestimada, provocaba la irremediable exposición del consumidor o su familia al riesgo de perder la vivienda como consecuencia de la venta forzosa de la misma. El juez tramitador de la ejecución habría llevado a cabo, como mucho, un examen somero o superficial de la validez de las cláusulas contractuales en las que se fundamenta el proceso. Tal apreciación es tenida en cuenta de la toma en consideración omnicompreensiva del Tribunal de Justicia del conjunto del sistema procesal español. Y en el sistema procesal español existe una mínima posibilidad de tutela del deudor ejecutado de obtener eventualmente una resolución contradictoria con la ejecución como consecuencia de un examen judicial distinto. Tal proceso declarativo se sustanciaría de forma paralela al proceso de ejecución, de conformidad al art. 698 LEC, e implica una posibilidad real de desvirtuamiento del proceso ejecutivo. Pero tal posibilidad de tutela de un proceso paralelo, a juicio del Tribunal, no puede paliar ni sustituir el mencionado riesgo de pérdida de la vivienda. La razón es que, aun suponiendo que tal examen puede desvelar

---

<sup>465</sup> Por ello, según la doctrina el Tribunal de Justicia consideró, en la comentada sentencia Sánchez Morcillo I, que el procedimiento de ejecución no era lo suficientemente efectivo en la protección de los derechos del consumidor derivados de la Directiva 93/13, aun cuando no existe un derecho a la segunda instancia judicial como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Vid. RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J. M., «Los asuntos Sánchez Morcillo: el recurso de apelación en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el Derecho de la UE», *Diario La Ley. Sección Tribuna*, vol. 25, 8613, 2015, edición digital.

la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no puede obtener una reparación *in natura* de su perjuicio (que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado) sino que obtendría únicamente- en el mejor de los casos- una indemnización que compensara tal perjuicio (c. 43 de Sánchez Morcillo D), lo ya en la Sentencia Aziz se consideró una “protección” incompleta, insuficiente, no constitutiva de medio adecuado alguno ni eficaz para el cese de uso de cláusulas abusivas.

Una vez tomado en consideración el contexto y conjunto de la sustanciación del procedimiento español de ejecución hipotecaria, el Tribunal de Justicia retorna a estudiar el lugar que ocupa la sustanciación del recurso de apelación del art. 695-4 LEC en la sistemática general del procedimiento de ejecución hipotecaria. Se observa de este modo la posición que se reconoce al profesional, en su condición de acreedor ejecutante. Entre otras facultades se le atribuye el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva. Pero en la otra cara de la moneda no se permite que el consumidor interponga recurso contra la decisión de desestimar la oposición a la ejecución (c. 44 de Sánchez Morcillo D). Esta normativa es valorada como una manifiesta colocación del consumidor, como deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, como acreedor ejecutante, en el desarrollo del procedimiento de oposición a la ejecución ante el órgano jurisdiccional nacional. Por lo tanto, afecta a la tutela judicial de los derechos que pudiese invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas por parte de la empresa prestamista ejecutante.

En base a lo expuesto se declara que el sistema procesal controvertido –como el regulado para el recurso de apelación derivada de la oposición en la ejecución hipotecaria– pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13. Se acentúa una situación de desequilibrio entre los medios procesales que disponen la parte<sup>466</sup>. Por una parte una tiene la condición de consumidor y, por otro, de profesional. De este modo se acentúa el desequilibrio que existe entre las partes contratantes. Por ello el sistema procesal español resultaría contrario a la jurisprudencia del TJUE, en el sentido que las características específicas de los procedimientos judiciales internos sustanciados entre profesionales y los consumidores no pueden constituir un elemento que atente contra la protección jurídica de la que deben disfrutar conforme a la Directiva 93/13.

---

<sup>466</sup> Así, la doctrina alude que, a la vista de lo dispuesto en el art. 3-1 de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia interpreta el concepto de «desequilibrio importante» como una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en que ese consumidor se encuentra. Tal situación le ubicaría como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, de múltiples formas. Una forma puede ser la restricción del contenido de los derechos que, según las disposiciones normativas, le confiere ese contrato. Pero igualmente puede presentarse como un obstáculo al ejercicio del Derecho comunitario, como la que se ha visto en sede procesal, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. Vid. MEDINA ORTEGA, M., «Sánchez Morcillo y las réplicas de la sentencia Aziz. Comentario a la STJUE de 17 de julio de 2014 (Sánchez Morcillo)», *La Ley Unión Europea*, vol. 18, 2014, pp. 44-45.

Cuando en el Derecho español un consumidor y un profesional tienen una controversia judicial se sustancia a través de un procedimiento de ejecución hipotecaria, dada la apuntada desigualdad, el desarrollo del procedimiento de oposición a la ejecución hipotecaria, previsto en el artículo 695 de la LEC, resultaría contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal. Estos principios, en el marco de la tutela judicial efectiva comunitaria y como veremos forman parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los Derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, garantizado en el artículo 47 de la CDFUE<sup>467</sup>. Y en palabras del Tribunal de Justicia el principio de igualdad de armas, así como el de contradicción, son el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implican la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria (Sánchez Morcillo I, c. 49).

De este modo el TJUE declara que el procedimiento español de ejecución hipotecaria, en tanto que procedimiento interno, disminuye la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, en una interpretación relacionada con el artículo 47 de la Carta. La regulación procesal incrementaría la desigualdad de armas entre el acreedor ejecutante (profesional en la relación de consumo) y el deudor ejecutado (consumidor), que redundaría en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores. Especialmente cuando las modalidades procesales para articular las acciones en defensa del consumidor resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para la ejecución del bien inmueble que constituye la garantía (Sánchez Morcillo I, c. 50).

Por ello bajo tomando en consideración el art. 7-1 de la Directiva 93/13, en relación con el art. 47 de la CDFUE, el TJUE interpreta que dichos preceptos se oponen al sistema de procedimientos de ejecución<sup>468</sup> que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo. Por las limitaciones del juez en el proceso declarativo en su resolución final respecto al procedimiento ejecutivo, de alcanzarse un eventual resultado favorable se restringiría a acordar, como máximo, una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor (volviendo a la problemática del caso Aziz). El deudor ejecutado, en su condición consumidor, no puede recurrir en apelación contra la

---

<sup>467</sup> Como sostienen algunos autores, se recurre al canon interpretativo en virtud del cual el juez debe hacer posible un orden jurídico “policéntrico” atendiendo a los valores humanos fundamentalmente preservados por el ordenamiento. En este orden se encuentra el Derecho a la tutela judicial efectiva, al ser de larga tradición histórica en el derecho junto a la seguridad jurídica en el que se deben revisar de cara a precisamente la búsqueda de la protección judicial. Vid. CONTI, R., «Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l’interpretazione conforme», *Politica del diritto*, vol. 3, 2007, p. 400.

<sup>468</sup> Entendemos que por el tenor “sistema de procedimientos de ejecución” el Tribunal se refiere no sólo al proceso especial de ejecución directa sobre bienes hipotecados del Derecho español, sino a los preceptos correlativos incluidos en el marco jurídico de Derecho español de la Sentencia Sánchez Morcillo, incluyendo los de la ejecución ordinaria, al no establecer la obligatoriedad de intervención de oficio.

resolución que desestime su oposición a la ejecución. En cambio, el profesional como acreedor ejecutante sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva (Sánchez Morcillo I, c. 51).

En síntesis, la desigualdad procesal para interponer recurso de apelación resolutorio del incidente de oposición limita las facultades impugnatorias del ejecutado/consumidor y supone una contradicción con el principio de efectividad y el Derecho europeo de tutela judicial efectiva del art. 47 de la CDFUE; toda vez que sería la única oportunidad prevista por el sistema de procedimientos de ejecución de Derecho interno para hacer valer la efectividad de los Derechos del consumidor y suspender el curso de la ejecución hipotecaria (máxime si los Derechos sustantivos del consumidor se están debatiendo en un declarativo paralelo).

Como consecuencia de la Sentencia Sánchez Morcillo I debe interpretarse que se amplían las potestades del Juez que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria para poder adoptar medidas cautelares para proteger el principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva comunitaria; y en particular mediante la suspensión de la ejecución. El sentido de la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria alcanzaría mayor justificación cuando el hecho de acordar tal medida resulte un fin necesario para facilitar la plena eficacia de la resolución final que haya de dictarse en el procedimiento declarativo previo. A todo ello habría que añadir el ya aludido principio de interpretación conforme que según la doctrina aumentaría el uso de amplias facultades que el ordenamiento jurídico de la Unión otorga a los jueces en materia de medidas cautelares. Como consecuencia de esta doctrina jurisprudencial se intensifica la necesidad de adaptar correctamente el Derecho procesal español a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE, como una exigencia de seguridad jurídica<sup>469</sup>.

No obstante, aunque el cauce natural sería la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria, la doctrina pone de relieve el problema práctico que se plantearía con el Derecho procesal interno en relación al art. 697 LEC, como se verá en el apartado correspondiente. En la regulación de la suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal se afirma textualmente que «fuera de los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se suspenderán por prejudicialidad penal». Debido a este tenor literal de este artículo los Tribunales han sido reacios a admitir la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria por una causa distinta a la existencia de una cuestión prejudicial penal sobre la existencia de «cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución». Esta ha sido una de las razones empleadas por la doctrina para proponer una reforma del proceso español de ejecución

---

<sup>469</sup> ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «Sobre la incidencia de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 8478, 2015, edición digital. Sobre los problemas de seguridad jurídica en la interpretación conforme del Derecho nacional a la luz de las directivas vid. CRAIG, P., «The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions», cit., p. 376; y TRIDIMAS, T., «Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited», cit., p. 354.

hipotecaria debido al carácter privilegiado del profesional y las exigencias del derecho comunitario para con los consumidores, exigiéndose mayores garantías la posición del ejecutado<sup>470</sup>.

3. La ausencia de notificación dirigida personalmente al consumidor de la posibilidad de alegar motivos de oposición basados en el derecho de la Unión.

La oposición de la normativa española de ejecución hipotecaria al Derecho europeo de consumo vuelve a plasmarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2015, caso BBVA, asunto C-8/14, donde se discutió la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Tal Ley puede considerarse la reacción más directa del legislador español para la adaptación del Ordenamiento procesal a la comentada STJUE de 14 de marzo de 2013, ya que permitió al órgano jurisdiccional español que conozca de la ejecución -de oficio o a instancia de parte- poder apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo introduciendo un párrafo 4º al art. 695-1º LEC. Como consecuencia de lo anterior se permitiría pronunciarse sobre la improcedencia de la ejecución o su continuación sin aplicación de aquellas cláusulas consideradas abusivas de conformidad a la Directiva 97/13.

La Disposición Transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establecía que las modificaciones que introducía tal legislación (en sustancia, ampliación de las causas de oposición a la existencia de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible) serían de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a la entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar. En el párrafo segundo se detallaba que en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de la Ley en los que hubiese transcurrido el período de oposición de diez días previsto del artículo 556.1 LEC, las partes ejecutadas dispondrían de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.ª del artículo 557.1 (oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales por contener de cláusulas abusivas) y 4.ª del art. 695.1 LEC (oposición a la ejecución hipotecaria antes descrita). El plazo de un mes se computaría desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley y la formulación de las

---

<sup>470</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 8391, XXXV, 2014, edición digital.

partes del incidente de oposición tendría como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente de oposición.

El litigio que dio origen al caso BBVA derivó de la ejecución de unos inmuebles (aparcamiento y trastero) iniciada con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013 (15 de mayo de 2013). Aun así el procedimiento ejecutivo continuaba pendiente en la fecha de entrada en vigor de la norma. Los ejecutados, una vez expirado el plazo de un mes para formular el incidente extraordinario de oposición a la ejecución hipotecaria previsto en la DT 4º, alegaron ante el órgano jurisdiccional nacional que el plazo preclusivo establecido en esa disposición era contrario a la Directiva 93/13.

Las razones sobre las que estribaba el caso eran que el plazo preclusivo de un mes para invocar el carácter abusivo de las cláusulas era insuficiente para que los tribunales pudiesen controlar de oficio el contenido de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria en curso de ejecución (y además para que los consumidores pudiesen alegar el eventual carácter abusivo de las cláusulas que figurasen en los contratos); y que el plazo comenzaba a correr a partir de la comunicación realizada mediante la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado y no de forma individualizada. De este modo el acceso de los consumidores a la justicia resultaba especialmente difícil, incluso en los casos de que dispusieran de asistencia jurídica. Por esta razón el órgano jurisdiccional nacional (Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Martorell) planteó como cuestión prejudicial al TJUE si el plazo de un mes de la DT 4º de la Ley 1/2013 se oponía al sentido de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE.

La reforma legislativa española operada con la Ley 1/2013 incluía la disposición transitoria que afectaba a los procedimientos de ejecución en curso a la fecha de entrada en vigor de dicha Ley, en los que el plazo de oposición de diez días ya se había iniciado o expirado. A pesar de que las resoluciones del Tribunal de Justicia surten efecto *ex tunc* –es decir, desde la fecha de entrada en vigor de la disposición interpretada- la aplicación de la jurisprudencia Aziz resultó especialmente imbricada y paulatina dado el número de ejecuciones hipotecarias en curso (un total de 82.860 iniciadas en 2013<sup>471</sup>). Por esta razón el legislador español diseñó un mecanismo transitorio para los consumidores afectados por los procedimientos en curso a fin de permitirles formular, en un plazo determinado, de una oposición procesal encauzada a través de un incidente extraordinario con fundamento a la existencia de cláusulas abusivas.

Delimitado el marco jurídico se analizaron los diferentes elementos configuradores del incidente extraordinario de oposición a la luz del principio de efectividad, para deducir la conformidad o no al Derecho de la Unión. Tal metodología se manifestaba conforme al análisis omnicompreensivo de la disposición en el lugar que ocupa dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus particularidades, ante las diversas instancias nacionales a fin de ponderar el principio de autonomía procesal

---

<sup>471</sup> Según fuentes oficiales del Consejo General del Poder Judicial, visto en web el 05/03/2018 en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-ultimo-trimestre-de-2013-registro-el-primer-descenso-en-el-numero-de-concursos-en-tres-anos> .

con el de efectividad. Fueron por tanto dos los elementos del incidente extraordinario de la DT 4º de la Ley 1/2013 que se analizaron en el caso BBVA: (1) el plazo, en lo relativo a su duración y (2) el mecanismo previsto por el legislador para determinar el inicio de ese plazo.

En primer lugar se tomaron en consideración las características del plazo (c. 7 de BBVA). Tal análisis debía comprender su duración la repercusión de la misma para la preparación de un recurso adecuado para la protección de los intereses de los consumidores. En la duración del plazo, debía tenerse en cuenta, de conformidad a la jurisprudencia consolidada del TJUE, si la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir es compatible con el Derecho de la Unión -en interés de la seguridad jurídica- a la hora de no hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los Derechos conferidos por el Ordenamiento comunitario, y sea suficiente para que se pueda preparar e interponer un recurso efectivo.

En el caso estudiado se entendió que el plazo de un mes establecido por el legislador español por una disposición transitoria y a título excepcional, para permitir la invocación del contenido abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo hipotecario ejecutadas en atención a la posición que ocupaba la disposición transitoria en su conjunto no parecía materialmente insuficiente para la preparación de interposición de un recurso judicial efectivo. A juicio del tribunal le pareció razonable y proporcionado habida cuenta de los derechos e intereses de que se trata. Por lo tanto no se consideró que la DT 4º fuese contraria al principio de efectividad en lo que respectaba a la duración del plazo de oposición concedido a los consumidores en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria en curso en la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013 (cc. 30-32 de BBVA).

No obstante, la opinión respecto al mecanismo previsto para determinar el inicio de ese plazo fue diversa, poniéndose de relieve el atentado al principio de efectividad. La Ley 1/2013 establecía un marco legislativo de alcance general que entraba en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Tal ley incluía expresamente la protección de los consumidores que, en la fecha de su entrada en vigor, tenían la condición de ejecutados en un procedimiento de ejecución en curso dirigido contra su bien. Respecto a los procedimientos de ejecución individuales en curso sustanciados en cada juzgado, se tuvo en cuenta que en el momento de iniciarse dichos procedimientos de ejecución en contra de los consumidores, se les informó mediante notificación individual de que tenían la posibilidad de oponerse a la ejecución en un plazo de diez días a partir de esa notificación (conforme a la normativa anterior a la reforma de la Ley 1/2013), y tal notificación fue dirigida personalmente. No obstante, la notificación anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, no contenía información acerca del derecho de tales consumidores a formular oposición a la ejecución alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituyese el fundamento de la ejecución, ya que tal posibilidad sólo se contempló en el art. 557-1 nº 7 LEC, tras ser introducida mediante la Ley 1/2013.

Por todo ello, teniendo en cuenta los principios del derecho de defensa, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, el Tribunal de Justicia entendió que los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial. De este modo la DT 4º no previó que el plazo preclusivo comenzase a correr sin que los consumidores afectados fuesen informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado antes de entrar en vigor esa Ley. Tal ausencia de notificación personal de la ampliación de los motivos de oposición en cumplimiento de las exigencias interpretativas del Derecho de la Unión Europea se entendió que no garantizaba el pleno aprovechamiento de ese plazo por los consumidores. En consecuencia, no se garantizaba el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa (c. 39 de BBVA).

Las limitaciones para aprovechar el plazo de planteamiento de oposición del incidente extraordinario de la DT 4º de la Ley 1/2013 derivado de la simple publicación oficial se traducían en un riesgo elevado de que el plazo expirase sin que los consumidores pudiesen hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos (conferidos por el Derecho europeo de consumo) por la vía judicial. Todo ello teniendo en cuenta el desarrollo, particularidades y (notable) complejidad del procedimiento español de ejecución hipotecaria, así como la legislación aplicable. El elemento de configuración del riesgo, en particular, se trataba del hecho de que los particulares ignorasen o no percibiesen, en términos reales, la amplitud exacta de los derechos.

Todo ello provocó que el TJUE declarase que la Disposición Transitoria 4º de la Ley 1/2013 vulneraba el principio de efectividad (cc. 40 y 41 de BBVA). Aunque la duración del plazo era conforme, no así el mecanismo determinante del inicio del plazo. Al imponerse a los consumidores respecto de los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria no concluido antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013 un plazo preclusivo de un mes calculado a partir del día siguiente al de la publicación de la Ley para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales fundamento de la ejecución; el Tribunal de Justicia interpretó la oposición con los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 (cc. 41-42 de BBVA)<sup>472</sup>.

---

<sup>472</sup> Aun así la aplicación en el tiempo de la jurisprudencia europea en el proceso de ejecución hipotecaria sigue siendo problemática. Buena muestra de ello es la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 526/2017, de 27 de septiembre (ponente: Pedro José Vela Torres). En el marco de un proceso declarativo al posterior de ejecución hipotecaria los demandantes (ejecutados en el proceso hipotecario) cuestionaron la apreciación de la excepción de cosa juzgada puesto que, conforme a la legislación vigente cuando se tramitó la ejecución hipotecaria, no era posible oponer en dicho procedimiento la existencia de cláusulas abusivas, y estas cuestiones debían ventilarse en el juicio declarativo correspondiente, según el artículo 698 LEC. La postura del Tribunal Supremo español fue que resultaba improcedente la apreciación de los efectos cosa juzgada cuando en el proceso ejecutivo previo no había posibilidad procesal para oponer la abusividad de las cláusulas contractuales alegadas en el proceso en el declarativo posterior. Según la tesis del más Alto Tribunal (fundamento jurídico sexto), en el momento en el que se despachó la ejecución y se requirió de pago a los deudores el entonces vigente art. 695 LEC no permitía



La Sentencia BBVA puede señalarse como ejemplo de jurisprudencia europea correctora de legislación procesal nacional atentatoria al principio de efectividad. El TJUE interpreta una nueva infracción del Estado miembro de la obligación de no vincular del consumidor a las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional. Aun siendo una disposición normativa transitoria y de contenido beneficioso para el consumidor, no permite un disfrute pleno del Derecho europeo en toda su extensión. Esta circunstancia igualmente puede interpretarse como una traba para que el juez nacional, en ejercicio de todas sus facultades legales, pueda aplicar el Derecho europeo en sede procesal interna.

4. El efecto de cosa juzgada conferido por la legislación procesal nacional al título ejecutivo y la posibilidad de aplicación posterior del Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia ahonda el examen del procedimiento nacional español de ejecución hipotecaria en múltiples perspectivas, deteniéndose en los trámites concretos que en la práctica suponen un mayor impedimento o barrera dada la configuración general del proceso que garanticen la nomofilaxis del Derecho europeo. Para ello en este tema la jurisprudencia europea pasa a ampliar sus interpretaciones para determinar, en el seno del procedimiento español de ejecución hipotecaria -así como del propio sistema nacional de ejecución-, cuáles son los preceptos que se oponen a la normativa europea, cuáles no suponen una conculcación total y hasta qué punto.

Así sucede en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus. En el mismo el TJUE se pronuncia sobre tres dimensiones del proceso nacional español: (1) se amplía la interpretación de la DT 4º de la Ley 1/2013, (2) el examen de oficio de resoluciones con fuerza de cosa juzgada, y (3) la imposibilidad del juez nacional para declarar la nulidad de una cláusula y desaplicarla (en el caso analizado, de vencimiento anticipado) por la prohibición del Derecho procesal nacional cuando en la práctica el profesional no ha aplicado la cláusula, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional. El TJUE se pronuncia con interesantes consideraciones en relación los criterios que deben tomarse para apreciar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de cálculo de los intereses ordinarios y al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, que dado

---

la oposición mediante la alegación de la abusividad de cláusulas contractuales que hubieran servido de fundamento al despacho de la ejecución al ser anterior a la redacción dada por la Ley 1/2013. Tampoco la aplicación del control de oficio por el juez no era todavía una cuestión incontestada, al no haberse dictado en esas fechas la STJUE del caso Pannon GSM (establecedor la obligación de examinar de oficio esta cuestión cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello). Por todo lo cual desestimó el recurso de los demandantes-ejecutados.

el objeto del presente trabajo y la naturaleza sustantiva de tales objetos prescindiremos de su estudio en este momento.

El litigio principal derivó de la ejecución de un préstamo garantizado con una hipoteca sobre la vivienda de un ejecutado/consumidor, como consecuencia del impago de siete mensualidades consecutivas. De este modo se declaró el vencimiento anticipado del préstamo en aplicación de la cláusula correspondiente del contrato de préstamo y, el 23 de marzo de 2010, el Banco Primus (ejecutante) reclamó el pago de la totalidad del capital pendiente de devolución, más los intereses ordinarios y moratorios, costas y gastos, del contrato de préstamo (suscrito en junio de 2008 por un plazo de 47 años) e inició el procedimiento de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander. Siguiendo el curso del procedimiento, se procedió a la venta en pública subasta del bien hipotecado, en la que ante la incomparecencia de postor alguno, se adjudicó al ejecutante mediante decreto de adjudicación el 21 de marzo de 2011, por un importe que representaba el 50 % del valor de tasación del mismo. El 6 de abril de 2011, Banco Primus, como ejecutante y propietario tras la adjudicación, solicitó la puesta en posesión del bien. Tras tres incidentes sucesivos, se concluyó con dos pronunciamientos: un auto el 12 de junio de 2013 por el que se consideró abusiva la cláusula del contrato de préstamo relativa a los intereses de demora; y un auto de 8 de abril de 2014, que puso fin a la suspensión del procedimiento de lanzamiento.

En junio de 2014, el consumidor formuló ante el órgano jurisdiccional remitente un incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución del bien hipotecado, invocando el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora del contrato. El Juzgado de Primera Instancia de Santander, como órgano jurisdiccional remitente, puso de manifiesto que subsistían dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato de préstamo diferentes de la relativa a los intereses de demora (de cálculo de intereses y vencimiento anticipado) aún presentes en el contrato de préstamo garantizado con hipoteca, en el sentido de la Directiva 93/13.

Pero, a pesar de la constatación de más cláusulas abusivas en el contrato ejecutado, el órgano jurisdiccional nacional puso de relieve las barreras que establecía el ordenamiento procesal español en el caso concreto (lo que se acrecentaba dado el momento procesal de la ejecución, ya transmitida la propiedad del bien tras la subasta y reclamando el ejecutado, a la sazón propietario, la puesta en posesión del bien): por un lado el mecanismo procesal en el que el consumidor ejecutado pretendía hacer valer su pretensión (incidente extraordinario de oposición de la DT 4ª de la Ley 1/2013) se había formulado fuera de plazo, aspecto ya resuelto en la doctrina legal precedente<sup>473</sup>. Igualmente, el efecto de cosa juzgada formal, dado por el art. 207 LEC, impedía realizar un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato sobre el que versaba

---

<sup>473</sup> Como ya se ha analizado, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse respecto del incidente extraordinario de oposición de la DT 4ª de la Ley 1/2013 en la Sentencia BBVA (C-8/14), entendiendo su no adecuación a los arts. 7 y 6 de la Directiva 93/13 en cuanto a que no permitía garantizar eficazmente la tutela de los consumidores respecto al mecanismo para determinar el inicio del cómputo del plazo, y en ese sentido orientó su fallo en la Sentencia Banco Primus.

el litigio principal, puesto que la legalidad del contrato de préstamo, a la luz de la Directiva 93/13, ya había sido objeto de apreciación en el auto de 12 de junio de 2013 (que declaró específicamente nula la cláusula de intereses de demora), el cual había adquirido firmeza. La tercera barrera que impediría la declaración de nulidad de las cláusulas apreciadas sería la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España<sup>474</sup>, que no permitiría la declaración de nulidad e inaplicación de la cláusula si la entidad financiera no la había aplicado en la práctica, sino que había actuado de conformidad con lo dispuesto en el art. 693-2 LEC al esperar a que se produjera el impago de siete mensualidades para declarar el vencimiento anticipado.

La respuesta que ofrece el TJUE en este caso debe entenderse muy circunscrita a sus fundamentos de hecho y en especial a la DT 4ª de la Ley 1/2013. Es así que la doctrina entiende que la respuesta del TJUE en Banco Primus debe entenderse limitada a los procedimientos en los que fuese aplicable dicha Disposición Transitoria, y no debería extenderse a los procedimientos de ejecución hipotecaria que no entren dentro de la DT 4ª de la Ley 1/2013<sup>475</sup>.

Ante las descritas cortapisas de Derecho procesal interno y la posible incompatibilidad con el Derecho de la Unión, el Juzgado de Primera Instancia de Santander suspendió el lanzamiento (puesta en posesión del bien) mediante auto el 16 de junio de 2014 y planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre la adecuación a la Directiva 93/12 (así como a los principios de equivalencia y efectividad) de la DT 4ª de la Ley 1/2013, del art. 207 LEC en relación al examen de oficio y del art. 693.2 LEC -reformado por la Ley 1/2013- en cuanto a su erección como obstáculo a la protección del interés del consumidor.

La segunda barrera analizada por el TJUE se centró en el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente ya había examinado el contrato sobre el que versa el litigio principal a la luz de la Directiva 93/13, declarando abusiva una de las cláusulas (la relativa a los intereses de demora) por medio de auto que había adquirido fuerza de cosa juzgada. En concreto el art. 207-4 LEC dispone que “*transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella*”, tenor que en base al criterio del órgano jurisdiccional remitente le impedía examinar de oficio el resto de posibles cláusulas eventualmente abusivas presentes en el contrato puesto que ya ha sido objeto de un examen judicial que culminó con una resolución que ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

Aún reconociendo la obligación de los Estados miembros de asegurar la no vinculación de las cláusulas abusivas a los consumidores en los Ordenamientos internos y su condición de norma equivalente a las de rango de orden público, se plantea la duda

---

<sup>474</sup> Y en concreto de la Sentencia de la Sección del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714), siendo ponente Pedro José Vela Torres.

<sup>475</sup> GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, cit., p. 70.

por el hecho de que el juez nacional ya había efectuado un examen del contrato conforme a la Directiva 93/13 declarando que una de las cláusulas presentes era abusiva. Pero ese examen, aún limitándose a una sola cláusula, no evitaba que el consumidor pudiese haber alegado o el juez nacional advertido la presencia de otras tantas cláusulas abusivas en el contrato de préstamo origen del pleito. Y por ello, dicho examen a su término fue bendecido con un Auto al que el Ordenamiento español confiere firmeza y otorga autoridad de cosa juzgada, dándole sepultura legal. Todo ello es un aspecto que fácilmente podría entenderse limitador de las amplias facultades del juez nacional para aplicar o reexaminar de oficio el Derecho de la Unión.

Por ello el *punctus dolens* estribaba en dilucidar si, en tales circunstancias, la necesidad de reemplazar el equilibrio formal del contrato en las relaciones entre profesional y consumidor (como fundamento de la Directiva 93/13 y su propio art. 6-1) implica la necesidad de buscar un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstos, y por ende tal conducta habría de imponer al órgano jurisdiccional remitente la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial de ese contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada<sup>476</sup> (c. 45 de Banco Primus).

El TJUE ya tuvo su oportunidad de pronunciarse sobre el papel del principio de cosa juzgada en los Ordenamientos internos de la Unión, siendo una institución jurídico procesal cuya finalidad más esencial es la de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la adecuada administración de la justicia. Por ello se parte de la necesidad de que no puedan impugnarse fácilmente las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos, bajo la premisa de la posible conculcación del Derecho de la Unión. Así se detalló en la comentada Sentencia Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, cc. 35 y 36. En la misma Sentencia se destacaba que la protección del consumidor a manos del Derecho de la Unión no es absoluta, y que no puede obligar a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada aunque de este modo se permitiera subsanar la infracción de una disposición contenida en la Directiva 93/13.

Por ello, dado el marco interpretativo de la obligación de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13, se parte de la idea de que las disposiciones nacionales, como el art. 207 LEC, que impiden a un juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe una resolución con fuerza juzgada de un pronunciamiento sobre la legalidad del

---

<sup>476</sup> Entendemos que existe una clara diferencia de planteamiento entre el efecto de cosa juzgada de las resoluciones procesales (formal o material) y el efecto de la firmeza de las resoluciones administrativas derivado de la caducidad de los plazos para impugnarlas. Este último supuesto fue planteado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2004, asunto C-453/00, caso Kühne & Heitz NV, en el que el Tribunal delimitó los supuestos en los que procedía el reexamen de resoluciones administrativas firmes para garantizar la aplicación efectiva y plena del Derecho de la Unión como consecuencia del principio de cooperación leal.

conjunto de las cláusulas del contrato a la luz del Derecho europeo de consumo. Circunstancia que en tal caso incumbiría verificar al órgano jurisdiccional remitente (c. 49 de Banco Primus).

Pero, a pesar del respeto al principio de cosa juzgada amparado en la jurisprudencia del TJUE, y que orientó y constituyó un indiscutible principio rector aplicado en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en un primer estadio (caso Asturcom), en Banco Primus se produce un primer cambio de rumbo en su tenor interpretativo. Y es que a juicio del TJUE, la norma procesal que regula la fuerza de cosa juzgada contenida en el art. 207 LEC prohibiría al juez nacional no solamente volver a examinar la legalidad de las cláusulas concretas del contrato sobre las que ha habido un pronunciamiento mediante resolución firme conforme al Derecho de la Unión. A juicio del Tribunal el precepto “impediría” también apreciar el eventual carácter abusivo de otras cláusulas abusivas residenciadas en ese mismo contrato (c. 50 de Banco Primus), a las que sería de aplicación igualmente el Derecho de la Directiva 93/13.

En el Ordenamiento jurídico español la institución de la cosa juzgada material, regulada en el art. 222 LEC, constituye una innegable garantía del principio de seguridad jurídica. Las sentencias deben permanecer incólumes en todo caso, al margen de los excepcionales supuestos de la revisión de sentencias firmes, con los motivos tasados del art. 510 LEC. La intangibilidad de las sentencias permanecería a pesar de los giros jurisprudenciales, pues de lo contrario se contribuiría a la inestabilidad de las relaciones jurídicas ya sometidas a un tribunal de justicia, eternizándose y resucitando continuamente los pleitos ya resueltos. La fuerza de la cosa juzgada incluso se plasma en el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre), según la cual incluso la declaración de inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos ya resueltos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales (salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad)<sup>477</sup>.

De este modo partimos de la base de que la declaración de cosa juzgada forma parte del orden público-procesal interno español de una forma particularmente intensa, hasta el punto en el que se erige y fortalece sobre la propia declaración de inconstitucionalidad de una norma conforme al Ordenamiento constitucional interno español que hubiese sido aplicada en el proceso ya resuelto.

---

<sup>477</sup> En el sentido expuesto vid. LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad plena de la declaración de nulidad», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: SIGÜENZA LÓPEZ, J.: TOMÁS TOMÁS, S. Y OTROS (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 296-297.

Podría criticarse el papel de la llamada preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos del art. 400-1 LEC, institución presente en el Ordenamiento procesal español obviada por el Tribunal de Justicia y por lo tanto manifestación de su propia autonomía procesal. Esta institución condiciona el debate del proceso en el Sistema español en un estadio anterior a la declaración de cosa juzgada. La base de la preclusión de alegación de hechos y fundamentos jurídicos, cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, el demandante habrá de aducir en ella todos aquellos que resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. Tal principio se inspira en dos criterios inspiradores respetados por la propia jurisprudencia del TJUE: la necesidad de seguridad jurídica y, la no justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos con la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo<sup>478</sup>. Por lo tanto a priori podría parecer que la apreciación del TJUE colisiona con el sentido común: bastaría la representación, por ejemplo, del planteamiento de varios procesos por cláusulas diferentes aunque derivadas de un mismo contrato.

Las dos dimensiones o funciones de la cosa juzgada (formal, del art. 207 LEC y material, del art. 222) exigen examinar el objeto de dos procesos o incidentes de oposición<sup>479</sup> sustanciados en un mismo proceso: uno (1) que sería aquél en que ha

---

<sup>478</sup> SALAS CARCELLER, A., «La llamada preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 9-10, 2014, p. 13.

<sup>479</sup> En este sentido es preciso destacar que la jurisprudencia española es aún más laxa no reconociendo la preclusión de acciones del art. 400 LEC cuando lo ejercitado no es una acción judicial, sino una excepción. Así ha reconocido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España en su Sentencia núm. 508/2007, de 16 de mayo (RJ 2007\3555) en su fundamento jurídico 3º, acogiendo la idea de objeto virtual de DE LA OLIVA a la que posteriormente aludiremos en el presente epígrafe: “*Puede que sea oportuno señalar las referencias doctrinales al objeto virtual del proceso civil, en el sentido de que viene determinado, respecto del objeto principal y del accesorio (excepciones materiales), por los sujetos, "el petitum" y, finalmente, por todos los hechos y todos los fundamentos o títulos jurídicos que se hubieran podido aducir, aunque de hecho no se hiciesen valer en un determinado proceso. Y de lo expuesto se infiere que cuando se trate de decidir si procede, sobre todo, la litis pendencia y la cosa juzgada habrá que atender al objeto virtual del proceso de referencia. Así parece que puede afirmarse que actualmente, esa distinción y, concretamente el concepto de objeto virtual encuentran un firme apoyo en las reglas de los apartados 1 y 2 del artículo 400 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Este precepto determina que integren el objeto virtual de un proceso todos los posibles fundamentos fácticos y jurídicos de lo que pretenda el demandante. Los razonamientos expuestos no impiden la desestimación del motivo ahora esgrimido; y no sólo por tratarse de precepto no vigente en el momento de la interposición de la demanda, sino también porque la racional interpretación del artículo 400 citado exige la aportación de todas las alegaciones posibles en defensa de lo pedido o de la oposición a lo pedido, pero no puede comprenderse que pueda alcanzar a la imposibilidad de ejercitar acción distinta con finalidad distinta a la previamente ejercitada; y esta circunstancia es la que ha tenido lugar en el presente pleito*”. Como declara la doctrina en interpretación de esta Sentencia, las excepciones no son acciones y por lo tanto ni caducan ni prescriben. Las excepciones no formarían parte del objeto del proceso (denominándose “objeto accesorio”), y por lo tanto no podrá aplicarse la preclusión de acciones del art. 400 según CORDÓN MORENO, F., *Cuestiones prácticas procesales. Respuesta de los tribunales a 333 cuestiones planteadas en el ámbito del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 272. Entendemos tales razonamientos trasladables igualmente a los incidentes, como el incidente de oposición en la ejecución. Por ello, en el presente epígrafe nos referiremos igualmente al incidente de oposición para sustentar la crítica contra la decisión del TJUE en el comentado caso Banco Primus.

recaído sentencia o auto firme y (2) el objeto de otro proceso o incidente distinto y posterior. Con carácter general, puede afirmarse que ese objeto consiste en pretensiones o acciones afirmadas que se identifican mediante tres factores: los sujetos, lo que se pide o pretensión (*petitum*, concretado en el suplico) y la causa de pedir (*causa petendi*). Este último factor se identifica, a su vez, atendiendo a elementos fácticos (hechos) y jurídicos (título o fundamento jurídico).

La distinción entre la causa de pedir y la pretensión permitirían eludir la aplicación del art. 400-1 LEC. La causa de pedir se refiere a los argumentos de hecho y de derecho en los que el actor fundamenta la pretensión. A efectos del artículo 400 LEC, la doctrina tiene en cuenta que la preclusión que establece –y la extensión de efectos de cosa juzgada que produce– afecta a los supuestos de identidad de pretensión entre el primer y el segundo proceso sucesivo, con diversidad de causa de pedir para impedir que la misma petición se reitere en demandas sucesivas variando simplemente el fundamento en el que se apoyan. Tal supuesto se presentaría cuando tales fundamentos pudieran ser alegados ya en el primer proceso; de modo que lo que la norma exige en definitiva es que, respecto de una misma pretensión, se incorporen a la demanda todas las posibles causas de pedir que la sustenten en el momento de su formulación, sin que pueda reservarse ninguna de las posibles causas de pedir para un proceso posterior en que se reproduzca la misma pretensión ya rechazada<sup>480</sup>.

De este modo, si las pretensiones son diferentes, si el suplico de las diferentes demandas o de los incidentes de oposición son diferentes (por ejemplo, pedir la nulidad de una cláusula suelo y en otra la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado), nada impediría que posteriormente se pueda presentar otra demanda o interponer otro incidente con otras cláusulas diferentes a las debatidas en el proceso o incidente anterior, bien en curso (surgiendo el efecto de litispendencia<sup>481</sup>) o ya resuelto (surgiendo del efecto de cosa juzgada). En un sentido similar se pronuncia la STS español de 16 de mayo de 2007 (RJ 2007/3555), al especificar que la racional interpretación del art. 400 exige la aportación de todas las alegaciones posibles en defensa de lo pedido o de la oposición a lo pedido, pero no puede comprenderse que pueda alcanzar a la imposibilidad de ejercitar acción distinta con finalidad distinta a la previamente ejercitada. E igualmente la STS de 9 de enero de 2013 (RJ 2013/261), extiende esta doctrina a las acciones subsidiarias: “*el artículo 400 no obliga al demandante a efectuar en la demanda una acumulación eventual de acciones que no viene impuesta por el artículo 71.2 LEC.*”. Dicho de otro modo: la acumulación de acciones en España no es obligatoria a tenor del art. 71-2 LEC. Es cierto que puede suponer un mayor de coste y tiempo para los litigantes, pero si las pretensiones son distintas cabría sin problemas.

---

<sup>480</sup> SALAS CARCELLER, A., «La preclusión procesal del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 2, 2018, edición digital.

<sup>481</sup> Sobre la litispendencia transnacional comunitaria vid. LUPOI, M. A., «La «nuova» litispendenza comunitaria: aspetti procedurali», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2004, pp. 1285–1328.

La sentencia núm. 785/2013, de 16 diciembre (RJ 2014/256) trató de la aplicación del artículo 400 LEC para afirmar que dicha norma se refiere a procesos de la misma naturaleza, como se desprende de la expresión de su apartado 1 al decir que «*cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos...*», siendo claro que el objeto de la pretensión ha de ser necesariamente distinto y, en consecuencia, no puede reclamarse la aplicación de esa norma para impedir que se alegue en una demanda o incidente lo que pudo alegarse en un proceso anterior<sup>482</sup>.

De este modo, en relación a la eventual preclusión sobre hechos y fundamentos de lo pretendido en una demanda, o en un incidente propuesto se cuenta con una interpretación clara en el Ordenamiento procesal interno español. El artículo 400-1, interpretado en conjunto con 222 (relativo al principio de cosa juzgada material) implican la cosa juzgada afecta a todo el contenido de la demanda o del incidente de oposición en cuestión (siempre que este último sea planteado en tiempo y forma). Lo que queda vedado en el Ordenamiento interno es que de la misma pretensión se plantee otro procedimiento, con los mismos hechos y fundamentos ya pedidos previamente en la demanda o escrito de oposición a la ejecución.

Puede afirmarse que no forman parte del objeto virtual de un proceso o un incidente ni las acciones que el demandante pudo acumular, pero no acumuló (la acumulación de acciones es voluntaria en la LEC, como se detalla abajo), ni la reconvencción que el demandado pudo formular pero no formuló. Lo que el art. 400.1 LEC determina es que integran el objeto virtual del proceso todos los posibles fundamentos fácticos y jurídicos de lo que pretenda el demandante (o el demandado en la reconvencción)<sup>483</sup>. El art. 400.1 LEC tiene por aducidos todos los fundamentos de lo pretendido, pero no tiene por pretendido lo que no se pretenda.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) núm. 220/2013 de 17 mayo (JUR. 2013\211357) puede señalarse como un claro ejemplo en ese sentido pues «*del texto del precepto (art. 400 LEC) se desprende que no puede formularse una demanda basada en hechos, fundamentos o títulos jurídicos distintos de los alegados en un proceso anterior cuando lo que se pide es lo mismo (o tiene una naturaleza homogénea) y cuando tales hechos, fundamentos o títulos jurídicos pudieron ser esgrimidos en la primera demanda. Pero lo que no supone tal precepto es que el litigante tenga obligación de formular en un mismo litigio todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el litigante contrario, cuando las mismas dan lugar a pedimentos distintos. El art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite tener por aducidos todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que el demandante pudiera haber fundado lo pretendido en su demanda, hayan sido aducidos*

---

<sup>482</sup> SALAS CARCELLER, A., «La llamada preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», cit., p. 18.

<sup>483</sup> Sobre los conceptos de objeto actual y objeto virtual del proceso vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., «El objeto del proceso civil», en DE LA OLIVA SANTOS, A.: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2012, pp.339-349.



*efectivamente en la demanda o no lo hayan sido, pero no permite tener por formulado un pedimento, a efectos de litigios posteriores, que efectivamente no lo haya sido en el litigio anterior. Así lo ha entendido la doctrina más autorizada<sup>484</sup>, en la que se ha señalado que “la preclusión alcanza solamente causas de pedir deducibles pero no deducidas, pero no a peitita deducibles pero no deducidos”;* y, también, que “es forzoso advertir que la preclusión impuesta por el art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo es sólo de alegaciones, no de pedimentos”.

Si la misma causa de pedir planteada en un primer proceso podría fundar también peticiones no formuladas, estas sí que podrán hacerse en un segundo proceso porque no les alcanza la preclusión de alegaciones. Así se desprende de la propia literalidad de la norma, pues para que opere la preclusión es necesario que en el segundo proceso se mantengan constantes no sólo las partes, sino también lo pedido. Si lo pedido varía, si lo pedido en el segundo proceso no es de la misma naturaleza o no puede entenderse comprendido en lo pedido en el primero, la preclusión del art. 400 LEC no tiene lugar<sup>485</sup>. Reiteramos que la preclusión alcanza solamente a las causas de pedir deducibles pero no deducidas, no a las pretensiones deducibles pero no deducidas, y la legislación procesal civil española no permite tener por formulado un pedimento, a efectos de litigios posteriores, que efectivamente no lo haya sido en el litigio anterior (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección1ª, núm. 671/2014 de 19 noviembre. Ponente: Rafael Saraza Jimena, RJ 2014\5956).

Como expresamente ha declarado el Tribunal Constitucional español en su Sentencia núm. 106/2013 de 6 mayo (RTC 2013\106), las pretensiones que se ejerciten en un segundo pleito quedarían imprejuzgadas, por lo que los arts. 222.2 y 400.2 LEC se refieren a hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuzgadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal. En el razonamiento de la sentencia se critica la interpretación de los tribunales ordinarios, que negó el ejercicio de acciones por considerarse precluida la acción (el supuesto giraba en torno a un demandado que se allanó a la demanda y optó por no reconvenir).

En un procedimiento de ejecución hipotecaria o un declarativo la no acumulación de incidentes o de acciones podría a lo sumo interpretarse como un gesto de mala fe procesal o contrario a la economía procesal, pero el art. 71-2 LEC no obliga a la acumulación de incidentes, salvo de aquellas que sean estrictamente necesarias.

---

<sup>484</sup> Que aún no citada por la sentencia es el reflejo textual de DE LA OLIVA SANTOS, A.; BANACLOCHE PALAO, J.; VEGAS TORRES, J. Y OTROS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aranzadi, 2001, pp. 668-671.

<sup>485</sup> Vid. VALLINES GARCÍA, E., «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de enjuiciamiento civil», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen II*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 3186-3195. Igualmente vid. GRANDE SEARA, P., «Cosa juzgada material y preclusión de acciones ex artículo 400 LEC. Inadecuada equiparación de su tratamiento procesal», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen II*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, p. 1637.

Luego, a pesar de la declaración del efecto de cosa juzgada en el Ordenamiento español podría iniciar un proceso declarativo o incidente en el seno de la ejecución pidiendo la nulidad de una cláusula abusiva concreta, y luego iniciar otra demanda o incidente por otra cláusula diferente.

Pero como advierte la doctrina, la finalidad del art. 400 de la LEC española no es que el actor ejercite todas las acciones que le competan frente al demandado. La finalidad del precepto sería que el demandante o la persona que plantee el incidente agote todos los fundamentos fácticos y jurídicos en los que se base su petición, pudiendo reservarse acciones cuando las peticiones sean diversas<sup>486</sup> (por ejemplo, por tratarse de cláusulas abusivas no debatidas, aunque consten en el mismo título).

De hecho, la misma STS núm. 705/2015 de 23 diciembre, cuestionada por el propio TJUE posibilita plantear nuevamente a los Juzgados una nueva pretensión para que se declare la nulidad de una cláusula como consecuencia de la formalización del préstamo con garantía hipotecaria y la restitución de los mismos, con posterioridad a otra pretensión (sobre todo cuando median razones de peso para que los particulares actúen así<sup>487</sup>), acotando los efectos del principio de cosa juzgada. Así se afirma que los efectos de la sentencia enjuiciada se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas (cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos). La identidad objetiva se individualiza a través del *petitum* y de la causa de pedir, y aunque en el caso enjuiciado coincidían estos dos elementos (razón por la que se reconoció el efecto de cosa juzgada), de la interpretación negativa del Tribunal Supremo se extrae la necesidad de no reconocer el efecto de cosa juzgada si no concurren ninguno de los dos elementos.

Con la anterior fundamentación del Derecho procesal civil español pretendemos llegar a una idea esencial: el planteamiento de la cuestión prejudicial podría haberse resuelto por parte del juez de instancia y acudiendo a los fundamentos jurídicos propios del Derecho procesal nacional español –siempre de conformidad a la especial tutela que el Derecho de la Unión brinda a los consumidores–, sin necesidad de haber planteado la cuestión prejudicial en los términos empleados (del art. 207 LEC como limitador de la posibilidad de plantear el examen de nulidad de otras cláusulas presentes en el contrato de conformidad a la Directiva 93/13). La regulación del principio de cosa juzgada (formal, en el art. 207, en correlación con la material del art. 222, ambos de la LEC) en el Derecho procesal español, de conformidad la interpretación legal y jurisprudencial que señalamos, no suponía ni supone ninguna barrera ni a las partes ni al órgano jurisdiccional de oficio para haber alegado, planteado o apreciado, en el mismo seno del

---

<sup>486</sup> CORDÓN MORENO, F., *Cuestiones prácticas procesales. Respuesta de los tribunales a 333 cuestiones planteadas en el ámbito del proceso civil*, cit., p. 269.

<sup>487</sup> Como la necesidad de asegurarse el reintegro de las costas –al encontrarse excluidos en los casos de estimación parcial de la demanda del art. 394.2 LEC–, o evitar la interposición de recursos por parte de las entidades financieras, por ejemplo.

procedimiento de ejecución hipotecaria sustanciado, la nulidad de las dos cláusulas debatidas.

Por ello entendemos que la afirmación vertida por el TJUE en el apartado 50 de la Sentencia Banco Primus, a la hora de declarar que la norma procesal española relativa a la fuerza de cosa juzgada (art. 207 LEC) prohíbe al juez nacional volver a examinar la legalidad de otras cláusulas de un contrato sobre el que ya ha habido un pronunciamiento mediante resolución firme resulta contrario a la consolidada jurisprudencia española que sí lo permite. De hecho, la propia jurisprudencia que el TJUE cuestiona y cuya interpretación posteriormente declara opuesta a la Directiva 93/13 (por otros argumentos) cual es la STS núm. 705/2015 de 23 diciembre, sí que permite ese nuevo examen de legalidad de otras cláusulas enjuiciadas, sin que la cosa juzgada quede conformada como una barrera clara.

Entendemos que el planteamiento del juez nacional de la cuestión prejudicial fue innecesaria, dados los planteamientos jurisprudenciales. Pero trasladada su resolución al TJUE, este determina que la Directiva 93/13 impone al juez nacional la obligación de apreciar, bien a instancia de las partes o de oficio y cuando disponga de los elementos de hecho y Derecho necesarios el eventual carácter abusivo del resto de cláusulas del contrato. Todo ello siempre que se dé el supuesto de que, en un examen judicial previo del contrato suscrito entre un consumidor y un profesional (dado el caso, préstamo garantizado con hipoteca sobres inmueble) se haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada. De lo contrario, si se entendiere la ausencia de dicho control, se estaría en la conculcación del principio de eficacia respecto a la obligación del Estado de establecer todos los medios adecuados y eficaces para el cese del uso de la cláusula en cuestión (art. 7-1 Directiva 93/13), quedando la protección del consumidor incompleta e insuficiente (ap. 52 de Banco Primus).

Por todo ello el TJUE determina que la interpretación del art. 207 LEC no se opone a la Directiva 93/13 al impedir al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

No obstante, se produciría una inadecuación si existen una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no hubiese sido examinado en un anterior control judicial del contrato examinado respecto del cual hubiese recaído la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada. En tal caso el TJUE entiende que la Directiva 93/13 obliga a que el juez nacional -ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición- aprecie, bien sea a instancia de las partes o de oficio del eventual carácter abusivo de esas cláusulas. Todo ello siempre que se disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Resulta destacable que, en el momento de dictarse la sentencia, y disponiendo el TJUE de un elemento que le hubiese conducido a la convicción de que el Ordenamiento procesal español era respetuoso con esta cuestión (como es la STS núm. 705/2015 de 23

diciembre, a la que indirectamente se refiere en el análisis del resto de cuestiones prejudiciales), no reconociese de base que el propio Derecho procesal español permitía volver a plantear, en sede del incidente de ejecución hipotecaria, el debate de la nulidad del resto de cláusulas. Circunstancia que el Abogado General Maciej Szpunar en sus conclusiones de 2 de febrero de 2016 no apreció. Y a mayor abundamiento la propia agente del Gobierno Español, María José García-Valdecasas Dorrego, en sus observaciones escritas sostuvo con claridad, al afirmar que la autoridad de cosa juzgada material, prevista en el artículo 222 LEC se niega para el auto que pone fin al incidente de oposición a la ejecución<sup>488</sup>. Esta negación se basó, por un lado, en el art. 561-1 LEC, sobre la resolución de la oposición por motivos de fondo, disponiendo tal precepto que la resolución que adopte el tribunal mediante auto lo es a los solos efectos de la ejecución. De este modo, la agente del Gobierno Español citó la doctrina nacional que planteaba la negación de la existencia de la autoridad de cosa juzgada material de un auto que pone fin al incidente de oposición a la ejecución, siendo así que las resoluciones definitivas al término de un proceso sumario carecen de la autoridad de cosa juzgada material (aunque la carencia de efecto de cosa juzgada de dicho incidente se ha discutido a raíz de la reforma operada mediante el Real Decreto-ley 11/2014)<sup>489</sup>.

Por ello entendemos innecesario el segundo pronunciamiento del fallo de la Sentencia Banco Primus, pues aun no declarando la norma enjuiciada plenamente contraria al principio de efectividad, valora aisladamente una disposición del Derecho

---

<sup>488</sup> Hemos analizado las observaciones de la agente del Gobierno Español a partir de los comentarios efectuados por las conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, presentadas el 2 de febrero de 2016 en el asunto C-421/14 (nota a pie de página nº 15), al ser el único escrito de parte público en el procedimiento.

<sup>489</sup> Al efecto de tal exposición la agente del Gobierno Español citó a DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2005, pp. 119-124, e igualmente BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La eficacia de la cosa juzgada del auto resolutorio de la oposición de fondo a la ejecución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen I*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 383-384. En la misma línea GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil II. Los procesos especiales*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2016, p. 157. No obstante tal posicionamiento es controvertido, pues a partir de las últimas reformas legislativas acometidas en España un sector doctrinal sostiene que el Auto que resuelve un incidente de oposición a la ejecución por existencia de cláusulas abusivas sí genera efectos de cosa juzgada. Así se pronuncia PÉREZ DAUDÍ, V., «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo», cit., edición digital, quien sostiene que tras la aprobación del Real Decreto-ley 11/2014 el ejecutado no podrá alegar en un proceso declarativo posterior a la ejecución hipotecaria el carácter abusivo de las cláusulas que fundamenten el título, ya que la resolución desestimatoria tendría efecto de cosa juzgada al admitirse el recurso de apelación para el consumidor. Aun así tal efecto no se extendería a terceros (como el tercer poseedor y cualquier interesado podrá plantear en un proceso independiente de la ejecución la declaración e inaplicación de una cláusula abusiva) pero sí se generaría el efecto de cosa juzgada para el deudor consumidor respecto de las cláusulas concretas que hubiese discutido en el incidente de oposición a la ejecución. La reciente jurisprudencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 576/2018, de 17 de octubre (RJ 2018\4475) ha decantado el debate en favor de la tesis de PÉREZ DAUDÍ, al considerar en su fundamento jurídico séptimo que “en el posterior proceso declarativo que el consumidor entablara para lograr la restitución completa de esas cantidades indebidamente cobradas, el predisponente no podría volver a discutir el carácter abusivo de esa cláusula, puesto que el auto firme que resolvió el incidente de oposición a la ejecución y declaró el carácter abusivo de la cláusula tendría efectos de cosa juzgada positiva en el posterior proceso”.

procesal interno español (art. 207 LEC) sin tener en cuenta el resto de disposiciones concordantes del Derecho procesal español<sup>490</sup> que habrían conducido a la no interpretación matizada del TJUE en los términos que se pronunció (según los cuales la Directiva 93/13 obliga al juez nacional a examinar las cláusulas no analizadas tras la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada formal, circunstancia no prohibida ni limitada por el Derecho procesal nacional como hemos visto). De hecho la jurisprudencia del TJUE en Banco Primus puede contribuir al riesgo de que el juez nacional exceptúe su vinculación al efecto de cosa juzgada a la hora de aplicar el Derecho de la Unión<sup>491</sup>. Los efectos de tal interpretación se presentan más negativos que positivos: como ha apuntado la doctrina, la interpretación del TJUE contribuirá a la flexibilización de los efectos de la cosa juzgada, relativizando o minimizando los efectos de diferentes normas de la LEC española, y en concreto de los ya aludidos arts. 400 (en relación a la preclusión de las alegaciones de las partes) y 222 (efectos de la cosa juzgada)<sup>492</sup>.

En general, puede advertirse un problema de esencial trascendencia práctica. Al permitir el art. 267 párrafo 2º TFUE que cualquier órgano jurisdiccional de los Estados miembros pueda plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE, si un órgano jurisdiccional inferior realiza una interpretación errónea del Derecho procesal interno (pudiendo advertir una barrera procesal cuando en realidad no exista) el Tribunal de Justicia podrá realizar un pronunciamiento aplicador del principio de efectividad que socave el Derecho procesal interno, cuando en realidad la necesidad del mismo puede no existir. Tal situación se agrava especialmente con la postura del TJUE, aperturista al planteamiento de cuestiones prejudiciales, pero al contrario limitadora del poder discrecional del juez nacional para interpretar el Derecho de la Unión<sup>493</sup>, llegando hasta

---

<sup>490</sup> Como hemos visto, arts. 72-1, relativo a la libertad de acumulación, 222, relativo a la cosa juzgada material, y 561-1, relativo a la ausencia de cosa juzgada del incidente resolutorio de la oposición a la ejecución, todos ellos de la LEC, así como la interpretación de la jurisprudencia que impide la preclusión de alegaciones de hechos o fundamentos del art. 400 LEC.

<sup>491</sup> Así lo ha apuntado, por ejemplo, PAZOS CASTRO, R., «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. A propósito de la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», *La Ley Unión Europea*, vol. 45, 2017, edición digital.

<sup>492</sup> ADÁN DOMÈNECH, F., «STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: crisis del sistema procesal español», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: MORENO-TORRES HEREDIA, M. L.: LÓPEZ FRÍAS, M. J. Y OTROS (coords.) *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 1216.

<sup>493</sup> Sentencia de la Gran Sala de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, caso Elchinov, disposición primera del fallo. Similar conclusión podría extraerse de la Sentencia de la Sala Primera de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, caso Interedil, en virtud del cual (disposición primera del fallo de Interedil) el Derecho de la Unión se opone a que un órgano jurisdiccional nacional esté vinculado por una norma de Derecho procesal nacional en la que se le imponen las apreciaciones realizadas por un órgano jurisdiccional superior, cuando se evidencia que las apreciaciones del órgano jurisdiccional superior no son compatibles con el Derecho de la Unión, interpretado por el TJUE. Estas sentencias, que cuestionan la eficacia de la revisión efectuada por tribunales superiores junto con el Caso Lucchini (C-119/05) en el que se cuestiona la eficacia del principio de cosa juzgada (en todos los supuestos a costa de no reconocer competencia de actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales en la jurisdicción comunitaria) se han señalado como una orientación interpretativa del TJUE para limitar el principio de autonomía procesal nacional y la no aplicación de instituciones procesales nacionales intentando resaltar un hecho: que los órganos jurisdiccionales nacionales, incluso si no decide en última instancia, no tienen total discreción para interpretar la ley de la Unión Europea. Vid. CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto

el punto de permitir a un órgano jurisdiccional nacional desvincularse de las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior si el inferior estimase (habida cuenta de que el inferior hubiese solicitado la correspondiente al TJUE por medio de cuestión prejudicial) que las valoraciones del órgano jurisdiccional superior no son compatibles con el Derecho de la Unión<sup>494</sup>. En el fondo, tal apreciación sería respaldada por el Derecho procesal interno español, a la luz del principio de independencia del Poder Judicial (arts. 117-1 de la Constitución Española y 12-1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), así como en general la función nomofiláctica que lleva aparejada la función jurisdiccional.

En ese sentido, la concepción errónea del TJUE de la extensión y efectos del principio de cosa juzgada en el Ordenamiento jurídico español puede vislumbrarse en la aplicación que este órgano jurisdiccional ha despachado en aplicación de otras normas de Derecho europeo de consumo, como la Directiva 1999/44, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Una crítica en la misma línea puede predicarse respecto de la Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013, asunto C-32/12, caso Duarte Hueros.

Como resultado de la compra de un vehículo, la consumidora que promovió el proceso principal en el que se planteó la cuestión prejudicial demandó al empresario fabricante y a la empresa concesionaria que le vendió el vehículo, pidiendo la resolución de la compraventa del vehículo. El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz interpretó el Derecho de la Directiva 1999/44 en un sentido muy claro: el art. 3-6 de la misma no permitía la resolución si la falta de conformidad era de escasa importancia. A su vez, el art. 3-5 de la Directiva 1999/44 permitía el derecho a una reducción adecuada del precio bajo determinadas circunstancias. El problema vino, a juicio del JPI de Badajoz, en que el principio de congruencia del art. 218-1 de la LEC española impedía a la consumidora pedir la reducción del precio, dado que no la solicitó en su demanda ni con carácter principal ni con carácter subsidiario. En tal contexto formuló cuestión prejudicial sometiendo el Derecho procesal civil español a la conformidad de la Directiva 1999/44 y preguntando por la posibilidad de “reconocer de oficio al consumidor una reducción adecuada del precio”.

Con estos mimbres el TJUE consideró que, por una parte, en base a los arts. 216 y 218 de la LEC española los jueces nacionales están vinculados por la pretensión

---

dell'Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 677. Como germen de esta idea puede señalarse igualmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1987, asunto C-314/85, caso Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitaria (disposición primera del fallo de Foto-Frost). Pueden verse bastantes críticas al respecto sobre la base del extendido aforismo en virtud del cual los jueces nacionales actúan igualmente como jueces comunitarios. En tal caso cabría preguntarse tal función limitadora sería más propia de jueces o por el contrario de convidados de piedra.

<sup>494</sup> De hecho la doctrina científica ha criticado la problemática de la interpretación de las resoluciones del TJUE, que son construidas sobre cuestiones particulares suscitadas por el órgano proponente en las que el propio TJUE pretende resaltar su doctrina jurisprudencial. De este modo y por contra se acaba enturbiando lo que se pretende primar. Vid. SENÉS MOTILLA, M. DEL C., «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», cit., edición digital.

deducida por el demandante en la demanda y que, de conformidad con el artículo 412-1 LEC el demandante no puede modificar el objeto de la demanda durante el procedimiento (p. 35 de Duarte Hueros), y que “con arreglo al artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al demandante no se le concede la posibilidad de presentar una nueva demanda para hacer valer pretensiones que hubiesen podido deducirse, cuando menos con carácter subsidiario, en un primer procedimiento. Efectivamente, en virtud del instituto de la cosa juzgada, dicha demanda resultaría inadmisibles” (p. 36 de Duarte Hueros).

El razonamiento ya expuesto sobre el art. 400 LEC y la no obligación de acumulación de acciones o incidentes que existe en el Ordenamiento procesal español resultaba aplicable, en relación a los diferentes fundamentos que inspiran a las pretensiones de, por un lado, la resolución del contrato (1) y por otro la reducción del precio (2). No obstante, el TJUE interpretó erróneamente<sup>495</sup> que en el sistema procesal español un consumidor que reclama judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa de un bien queda privado de modo definitivo de la posibilidad de ejercer el derecho a obtener una reducción adecuada del precio (siendo un derecho que le confiere el artículo 3- 5, de la Directiva 1999/44) salvo que se haya deducido con carácter subsidiario una pretensión cuyo objeto sea la reducción (p. 37 de Duarte Hueros).

Tal interpretación errónea del TJUE en la Sentencia Duarte Hueros ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, al recalcar que la interpretación del TJUE es contraria al tenor literal del art. 400 LEC y en el modo en el que es interpretado por el Tribunal Supremo español<sup>496</sup>. Y es que la interpretación del Ordenamiento interno debe entenderse competencia primordial de los órganos jurisdiccionales internos, y de entre todos destaca la interpretación jurisprudencial de los órganos superiores (en el caso de España, del Tribunal Supremo). Por todo ello, sería posible prescindir del reconocimiento de la facultad de actuación de oficio tal y como conmina el TJUE, lo que sería más respetuoso con el principio dispositivo<sup>497</sup>.

Y, por ende, se entendió que el sistema procesal español no permitía al juez nacional reconocer de oficio al consumidor el derecho a obtener una reducción adecuada del precio de compra del bien; ni la posibilidad de modificar su pretensión; ni de una nueva demanda (p. 39 de Duarte Hueros), circunstancias lesivas de la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión, cuando en realidad el Ordenamiento procesal español, como se ha expuesto, no impide nada de ello. A pesar de todo, se declaró que los arts. 216, 218, 400 y 412-1 de la LEC no se

---

<sup>495</sup> En este sentido, SANCHO GARGALLO, I., «Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», cit., p. 389, que señala la equivocada interpretación del alcance de la preclusión de alegaciones prevista en el art. 400 LEC por el TJUE.

<sup>496</sup> Entre otras por las SSTs de la Sala Primera 189/2011 de 30 Mar. 2011, Rec. 1694/2008; y 812/2012 de 9 Ene. 2013, Rec. 1124/2009 (esta última extendida al ejercicio de acciones subsidiarias).

<sup>497</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda», *La Ley Unión Europea*, vol. 11, 2014, pp. 44-45.

atenía al principio de efectividad, cuando el error interpretativo vino de la mano del juez nacional remitente.

Para la doctrina, la sentencia Duarte Hueros supone un salto cualitativo en la ampliación de poderes del juez civil, pues no solo concede la facultad de apreciar de oficio hechos impeditivos o extintivos de los Derechos del consumidor. En este caso introduce una tutela nueva, no pedida por ninguna parte<sup>498</sup>.

Los pronunciamientos del TJUE que no interpretan correctamente la jurisprudencia interna de los Estados miembros es, a nuestro juicio, uno de los efectos de la obligación de someter una cuestión prejudicial al TJUE “para impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho de la Unión” (Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 15 de marzo de 2017, asunto C-3/16, caso Aquino, p. 33) cuando la cuestión prejudicial se plantea por tribunales inferiores. El riesgo de jurisprudencia interna discordante es elevado cuando la doctrina no se encuentra unificada por el Tribunal Supremo como órgano supremo de casación en todos los órdenes de Derecho español (arts. 123-1 de la Constitución y 5-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)<sup>499</sup>. Esto conlleva igualmente el riesgo de que al TJUE se planteen interpretaciones de Derecho nacional español no avaladas por el Tribunal Supremo que *a priori* supongan una barrera u obstáculo procesal para la aplicación del Derecho europeo (y daría lugar a una aplicación distorsionada del principio de efectividad), pero que en realidad no supondrían tal barrera o podría ser subsanable por medio de la interpretación conforme. Esto ha ocurrido con la aplicación de los principios de cosa juzgada y preclusión, pues la jurisprudencia española del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional de por sí y de base ya aplicaban una interpretación respetuosa con el Derecho de la Unión.

Hemos sostenido que el Derecho procesal español en nada impide al juez volver a deducir la pretensión de nulidad de una cláusula abusiva. Ahora bien, de la sentencia que hemos comentado tampoco puede entenderse una obligación para los jueces nacionales para que lleven a cabo un examen de todas las cláusulas abusivas que aparecen en el contrato de préstamo hipotecario que sirve de título ejecutivo, a la hora de tramitar un procedimiento de ejecución hipotecaria. Se hace una manifestación sobre los efectos de la institución de la cosa juzgada, pero la obligación no se extiende a todo el contrato. En sintonía con lo dispuesto en Aziz y Sánchez Morcillo I y II, el tribunal

---

<sup>498</sup> PARDO IRANZO, V., «Influencia de la Unión Europea en la tutela de los consumidores: algunas reflexiones generales sobre cláusulas abusivas y su control», cit., p. 2502.

<sup>499</sup> De hecho, se pone de relieve la crítica de la doctrina española, al considerar que con el planteamiento de cuestiones prejudiciales muchos tribunales inferiores puede redundar en un abuso para cuestionar la posición mantenida por el Tribunal Supremo y otros tribunales superiores. Vid. ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «¿Abuso y revolución en el planteamiento de cuestiones prejudiciales en el sector mercantil? Breves reflexiones», *Diario La Ley. Sección Tribuna*, vol. 9273, 2018, edición digital.



debe examinar de oficio la abusividad solo de las cláusulas que constituyen el fundamento de la demanda ejecutiva, en las que se basa el *petitum* de la ejecución<sup>500</sup>.

5. La imposibilidad del juez nacional para no declarar la nulidad de una cláusula cuando el profesional no ha aplicado la cláusula. Breve referencia a la problemática del vencimiento anticipado.

Una barrera o imposibilidad, detectada y discutida en el caso Banco Primus, se cierne en dilucidar si la Directiva 93/13 se oponía a la interpretación jurisprudencial interna de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, cual es el art. 693-2 LEC.

El debate sobre esta cuestión plantea una contribución muy importante sobre la ya constatada tensión entre la autonomía procesal de los Estados miembros y el principio de efectividad. Por un lado, cuál debe ser la actitud del órgano jurisdiccional nacional cuando constate una cláusula abusiva que por el contrario no ha sido aplicada ni puesta en práctica por el profesional. Y además si el Ordenamiento interno, a través de la regulación normativa o la práctica judicial pueden limitar las facultades o competencias del órgano jurisdiccional para declarar el carácter abusivo de la cláusula constatada en tales condiciones.

La idea inicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea era que la jurisprudencia que aplicaba dicho precepto “prohibía” al juez nacional que podía constatar el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no había aplicado dicha cláusula, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional (p. 68 de Banco Primus). Como profundizaremos a lo largo del presente epígrafe tal percepción y análisis del Tribunal de Justicia sobre la jurisprudencia española es errónea, pues en ningún momento media la referida prohibición.

Con carácter previo se hace preciso esbozar la institución del vencimiento anticipado en su tenor regulado en el art. 693-2 LEC. El supuesto reflejado por la norma sería el de un prestamista que inicia un proceso de ejecución hipotecaria reclamando la totalidad (no las cuotas o plazos devengados y expirados) de lo adeudado en el préstamo, habiéndose vencido al menos tres plazos mensuales (o un número de cuotas

---

<sup>500</sup> GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, cit., p. 102.

equivalente a tres meses). Este es el presupuesto que la LEC establece para declarar el vencimiento anticipado de la deuda por la falta de pago del deudor hipotecario.

No obstante, en el contrato de préstamo puede mediar una cláusula de vencimiento anticipado que habilitaría a la entidad bancaria a resolver el contrato habiéndose incumplido un solo plazo o menos de tres. Este hecho podría llegar a constituir, en base a los criterios del Derecho de la Unión a los que nos referiremos, una cláusula abusiva.

Con carácter previo, es preciso estudiar la evolución de esta norma. La redacción original del art. 693-2 en la LEC, promulgada el 7 de enero del año 2000, no establecía ningún límite de plazos o cuotas para reclamar la totalidad de la deuda o declararla vencida anticipadamente. Sólo exigía que se hubiese convenido expresamente en la escritura de préstamo y que la falta de pago fuese de “alguno” (en singular) de los plazos: *“Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro”*. Al amparo de esta normativa procesal se redactaron casi la totalidad de las escrituras de préstamo garantizado con hipoteca, conteniendo cláusulas de vencimiento anticipado por una sola cuota o plazo. Posteriormente, con la Ley 1/2013, de 14 de mayo y en aras de dejar un margen de cuotas al consumidor se elevó el número mínimo de plazos o cuotas impagadas para reclamar el vencimiento anticipado del préstamo a tres plazos mensuales o cuotas equivalentes a tres meses. De este modo, todas las escrituras de préstamo garantizado con hipoteca que contenían pactos de vencimiento anticipado por un solo plazo -que encontraban su fundamento en el tenor original del art. 693-2-, devinieron incompatibles con la nueva legislación procesal.

La problemática estriba en que a pesar de la presencia y constatación de la cláusula abusiva, la entidad bancaria inicia el proceso de ejecución omitiéndola, no dándole virtualidad (es decir, ejecutando no por un solo plazo o cuota, sino por tres tal y como obliga la LEC) y ciñéndose a los requisitos que impone la LEC para el vencimiento anticipado (falta de pago de tres cuotas o las equivalentes a tres meses del prestatario, no uno). En tales casos, ¿cuál sería la respuesta, al declararse la nulidad de la cláusula de vencimiento presente en el contrato, si en la realidad procesal se ha omitido dicha cláusula y no ha surtido efectos prácticos?

Hay que remitirse en primer lugar a la postura del Tribunal Supremo español. La jurisprudencia aludida es la ya comentada Sentencia de la Sección del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 705/2015 de 23 diciembre, que en su fundamento jurídico quinto (recurso de casación de BBVA S.A.) se pronuncia sobre esta cuestión.

Los criterios de Derecho interno parten de la no negación de la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado (dados en el contenido de los arts. 1129 del Código Civil -que prevé la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a

utilizar el plazo-, en relación con el art. 1124 del mismo Código que permite la resolución de la obligación bilateral en caso de incumplimiento). Todo ello con un límite: que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento para que no se deje al arbitrio del prestamista de conformidad al art. 1256 CC. Sobre estos fundamentos sustantivos el Tribunal Supremo tendía a admitir la cláusula de vencimiento anticipado como válida (en sus Sentencias de la Sala Primera nº 506/2008, de 4 de junio de 2008, nº 1124/2008, de 12 de diciembre de 2008 o nº 792/2009, de 16 de diciembre de 2009).

No obstante, y apartándose de su línea jurisprudencial, el Tribunal Supremo acoge la interpretación del Derecho europeo en la materia. En tales casos la cláusula de vencimiento anticipado, sin ser abusiva *per se*, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso y los criterios de la Directiva 93/13<sup>501</sup>.

Por ello, ante el pacto de vencimiento anticipado presente en un contrato celebrado con consumidores el supremo juzgador entiende que los tribunales deben valorar, en cada caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor es conforme a la jurisprudencia del TJUE y está justificado (en función de los criterios de esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia). Esto lleva a la Sala a considerar que la tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad. Aún declarando la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de conformidad al Derecho interno, en el caso enjuiciado la cláusula de vencimiento anticipado resultaba nula e inaplicable al no superar los estándares del Derecho europeo (al no modular la cláusula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación<sup>502</sup>, ni se vinculaba a parámetros cuantitativa o temporalmente graves).

No obstante el Tribunal Supremo consideró poco adecuado excluir la aplicación absoluta de la cláusula, en base al principio de equilibrio en las prestaciones. El mismo revelaría lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas (ante comportamientos

---

<sup>501</sup> Los criterios que determinarían la abusividad dependen de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. Sentencia Aziz, p. 73.

<sup>502</sup> La Sala admite que la cláusula de vencimiento anticipado no permite al consumidor evitar la aplicación de la cláusula aunque medie una conducta diligente en la reparación, aunque la legislación posterior (a través de la Ley 19/2015, de 13 de julio) introdujo la liberación del bien por el ejecutado cuando dicho bien hipotecado fuese la vivienda habitual, consignando las cantidades de principal e intereses vencidos aún sin consentimiento del acreedor ejecutante (art. 693-3, párrafo 2, LEC).

de flagrante morosidad), a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista (como es el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados) y que conllevaría la correspondiente obstaculización de la efectividad de la garantía real.

Por todo ello el TS español, aun reconociendo y declarando la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado bajo los estándares de Derecho de la Unión, considera procedente sustituir dicha cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional (art. 693-3 LEC), tal y como permitía el Auto del TJUE de la Sala Sexta de fecha 11 de junio de 2015, caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, asunto C-602/13. Sin profundizar en los requisitos de sustitución, dibujados en la Sentencia Kásler y Káslerné Rábai procedería en los supuestos en que dicha sustitución se ajustase al objetivo del art. 6-1 de la Directiva 93/13 (asegurar la no vinculación de las cláusulas abusivas por parte de los Estados) y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

El TS español entendió que dicha posibilidad, la sustitución, quedaría limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligase al juez a anular el contrato en su totalidad. Por ello se entendió que, por razón de la levedad del incumplimiento previsto, se cerraría el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido hubiese tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que “no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor” (párrafo 6º del motivo quinto del fundamento jurídico quinto de la STS núm. 705/2015 de 23 diciembre).

Hay que partir de lo contenido en la resolución a la tercera cuestión prejudicial del Auto del TJUE BBVA, que se propuso dilucidar si el art. 3-1 de la Directiva 93/13 obligaba al juez nacional, cuando constatase el carácter abusivo de una cláusula de un contrato, a deducir todas las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula aunque no se hubiese llegado a aplicar (p. 47 del Auto BBVA).

Queda ya delimitada la concepción del Tribunal Supremo español: si la cláusula de vencimiento anticipado es declarada abusiva, la consecuencia sería sustituirla por una Disposición normativa nacional ante la imposibilidad de ejecutar el título por el procedimiento de ejecución hipotecaria. Todo ello en lugar de dejar la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva sin aplicación frente al consumidor.

En el caso planteado en el supuesto de hecho del Auto BBVA era similar: las partes afirmaban que la cláusula de vencimiento anticipado no preveía un número mínimo de plazos mensuales de retraso del pago del préstamo antes de la declaración de vencimiento anticipado, inferior al mínimo de tres plazos o cuotas del art. 693-2 LEC.

En base al argumento del interés público de la protección de los consumidores y su posición de inferioridad, la obligación de los Estados es prever medios adecuados y

eficaces del art. 7-1 de la Directiva 93/13, que genera un efecto disuasorio. Por lo tanto, y para garantizar tal efecto, el conjunto de las prerrogativas y facultades del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva no pueden supeditarse al hecho de que la cláusula se aplique o no en la práctica (p. 50 del Auto BBVA).

Entrando en el fondo, el TJUE puntualizó el mero hecho de que una cláusula de vencimiento anticipado resulte contraria al Derecho interno (art. 693-2 LEC) no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de la cláusula sin tener en cuenta los criterios de apreciación presentes en el Derecho de la Unión<sup>503</sup> (p. 52 del Auto BBVA).

Ello implica que el juez nacional habrá de tener en cuenta en su análisis si la cláusula del contrato presenta la naturaleza de abusiva bajo los criterios de apreciación de la Directiva 93/13, incumbiendo al juez nacional tal examen.

Pero en todo caso, es claro y rotundo al afirmar que la mera circunstancia de que la cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí misma que concurra la condición de abusiva (p. 53 de BBVA). Por ello la principal conclusión del Auto BBVA, interpretando el sentido del art. 3-1 de la Directiva 93/13, sería que la circunstancia de que la cláusula en cuestión no haya llegado a aplicarse (en la ejecución judicial del contrato) no supone un impedimento para que el juez nacional deduzca y extraiga todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula de conformidad a la Directiva 93/13.

Y aquí se encuentra el principal punto de conflicto entre el Tribunal Supremo español en relación con la revisión europea de la cuestión. El más Alto Tribunal español advirtió de las consecuencias que produciría la declaración de nulidad de la cláusula y la total exclusión del contrato (frustración del acceso al proceso de ejecución hipotecaria del acreedor) en la idea de que el sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria no suponía un tratamiento más favorable para el consumidor que remitirlo a un proceso declarativo ordinario. Por ello el Tribunal Supremo aplicó la sustitución de la cláusula abusiva por una Disposición normativa supletoria de Derecho nacional (en el caso referenciado, el art. 693-3 LEC con las garantías que contiene para el deudor expuestas en pie de página).

Siempre partimos de que la posición del Tribunal Supremo español es que la cláusula de vencimiento anticipado es nula por abusiva. La cláusula no supera los estándares de validez establecidos en el Derecho de la Unión. Por lo tanto la decisión de la Sala Primera en el quinto motivo del fundamento jurídico quinto es la confirmación

---

<sup>503</sup> Es decir, si la misma causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato celebrado entre el consumidor (en su detrimento) y un profesional (art. 3-1 de la Directiva 93/13) o que se tomen en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato que dependa (art. 4-1 de la Directiva), como resume el auto BBVA en su p. 51.

de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, resultando esta nula e inaplicable.

Y declarada abusiva, se sustituye por una disposición supletoria de Derecho nacional (art. 693-3 LEC) al cumplir los requisitos establecidos por la jurisprudencia europea en el caso *Kásler y Káslerné Rábai*: la sustitución se ajusta al objetivo del art. 6-1 de la Directiva 93/13, pues permite restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; y la sustitución queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obliga al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización.

La analizada sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, en su considerando 83, exige como presupuesto básico para proceder a la sustitución de la cláusula por otra disposición de Derecho nacional el consumidor pueda quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales si el juez anula en contrato en su totalidad. Por ello, le correspondió justificar al Pleno del Tribunal Supremo de España en su Sentencia 705/2015 las razones por las que, de no sustituir la cláusula de vencimiento anticipado por el contenido del art. 693 LEC, se expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

La pregunta se resume en lo siguiente: Si no se puede ejecutar una deuda por el procedimiento especial de ejecución hipotecaria (por no poderse declarar vencido el préstamo con el impago de tres plazos o cuotas equivalentes a tres meses), ¿tal circunstancia constituiría una consecuencia “especialmente” perjudicial para el consumidor?

Para el Pleno del Tribunal Supremo de España sí que constituiría una circunstancia especialmente perjudicial. Bajo el criterio del Tribunal Supremo, privar al acreedor de la posibilidad de acudir a la vía de la ejecución especial sobre bienes hipotecados y pignorados de los arts. 681 y ss. LEC supondría una penalización. Tal penalización vendría dada por remitir a las partes, en lugar del procedimiento ejecutivo especial, un juicio declarativo, que a juicio del Tribunal Supremo no disfrutaría de las garantías previstas para el deudor consumidor ni para la vivienda habitual señaladas anteriormente en pie de página; incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado<sup>504</sup>.

---

<sup>504</sup> En base al criterio del Tribunal Supremo español, la regulación de la ejecución hipotecaria contemplaba especiales ventajas para el deudor, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato. Por un lado, la disposición nacional que intentó sustituir a la cláusula (art. 693-3 LEC) reconoce que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados. Tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá igualmente y sin el

De este modo, con la sustitución, el efecto principal para el Pleno del Tribunal Supremo sería que en los préstamos garantizados con hipoteca el precepto del art. 693-2º de la LEC se aplicaría con carácter supletorio al contrato ante la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por abusiva. Como consecuencia de esta interpretación, se reestructuraría la cantidad (aspecto en el que no tiene trascendencia económica el vencimiento anticipado) pero habría de seguirse la ejecución. La razón es que la sustitución por el contenido del art. 693-2 permite seguir con el proceso de ejecución, sin que desde el plano material se alteren los efectos de la cláusula declarada abusiva pues dicha disposición legal prevé unas consecuencias similares a las de la cláusula (proseguir con la ejecución ante el incumplimiento de un número de cuotas por el deudor ejecutado, aun variando la cifra de una a tres).

Aun así, para la doctrina científica (SENÉS MOTILLA) la consecuencia procesal de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado debería ser el sobreseimiento de la ejecución. La razón sería porque dicha cláusula sirve para individualizar la tutela jurisdiccional concreta que se solicita (en tanto que causa de pedir). Además porque en el inicio del proceso de ejecución concurre un factor de oportunidad que se vería trastocado si desaparece la ventaja que le supone al acreedor la reclamación de la totalidad de la deuda<sup>505</sup>. Tales circunstancias especiales y determinantes de la ejecución misma diferenciarían los efectos procesales de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado respecto de otras, en las que la consecuencia de la inaplicación pasaría por el recalculeo y la devolución de cantidades pero no por el sobreseimiento (como la cláusula limitativa del interés variable o suelo)<sup>506</sup>.

A modo ilustrativo, el TJUE ha considerado como consecuencias negativas para el consumidor que aconsejarían sustituir una cláusula declarada abusiva por una disposición normativa nacional las siguientes: por un lado, que en la anulación de la cláusula de intereses de demora los importes en relación con los cuales se inició el procedimiento de ejecución hipotecaria sean necesariamente menores al no

---

consentimiento del acreedor liberar el bien mediante la consignación de dichas cantidades. En el caso de la vivienda habitual la posibilidad de consignación del deudor constituiría un remedio de naturaleza enervatoria de la ejecución (como el previsto para el desahucio por falta de pago), que como consecuencias neutralizaría los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado y rehabilitaría el contrato de préstamo hipotecario. Igualmente en beneficio del deudor hipotecario, y según el art. 693 LEC, este no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial. Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas, como la prevista en el art. 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor en el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la del art. 682-2-1ª LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Tales especialidades se prevén a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes LEC, que no resultarían aplicables en el juicio declarativo (o añadimos nosotros, en la ejecución de la sentencia derivada).

<sup>505</sup> SENÉS MOTILLA, M. DEL C., «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», cit., edición digital.

<sup>506</sup> CORDÓN MORENO, F., «Eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula (suelo) abusiva y sus efectos en el sobreseimiento de un procedimiento de ejecución judicial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 13, 2015, p. 265.

incrementarse con los intereses de demora previstos en dicha cláusula (p. 39 del Auto BBVA). Y por otro, que en la anulación de una cláusula contractual relativa al tipo de cambio de la divisa que se haga inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor (p. 84 de Kásler y Káslerné Rábai).

Esta última circunstancia -que se haga inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución-, fue entendida por el TJUE en la Sentencia Kásler y Káslerné Rábai como una circunstancia susceptible de penalizar más al consumidor que al prestamista. Por su idoneidad y paralelismo con el vencimiento anticipado (en ambos casos se trata de una posibilidad legal de exigir el importe de un préstamo) podría entenderse como un escollo o penalización a evitar: mientras que en la Sentencia Kásler el TJUE pretende evitar la exigibilidad inmediata del importe del préstamo, en la Sentencia del Tribunal Supremo español se esgrime como argumento *pro consumatore* para proceder a una sustitución. Habría que plantearse hasta qué punto la sustitución de la Sentencia 705/2015, en tales circunstancias, se adecuaría a los presupuestos exigidos por la jurisprudencia comunitaria en ese sentido. En suma: los supuestos declarados como especialmente perjudiciales en BBVA y Kásler son diametralmente opuestos a los aducidos por el Pleno del Tribunal Supremo español, con independencia de que el TJUE pueda entender que efectivamente crean una situación más favorable para el consumidor.

En materia de las consecuencias que el órgano jurisdiccional nacional debe extraer de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula, la sustitución como opción del Tribunal Supremo español y no la exclusión total del contrato fue criticada por el Abogado General Maciej Szpunar en sus conclusiones al asunto C-421/14 presentadas el 2 de febrero de 2016. El mismo sostuvo, en el p. 86 de sus conclusiones, que el art. 6-3 de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, cuando el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor (p. 71 de Banco Español de Crédito). En opinión del Abogado General el Tribunal de Justicia únicamente acepta la posibilidad de sustituir la cláusula por una disposición supletoria normativa de Derecho nacional en el caso de la anulación de un contrato en su totalidad, para evitar consecuencias especialmente perjudiciales a las que el consumidor podría quedar expuesto. Pero en opinión del Abogado General tal circunstancia que no se da en el asunto en el que la aplica el Tribunal Supremo, dado que la cláusula controvertida es accesoria y separable del resto del contrato de préstamo.

La tesis del Abogado General en el p. 86 de sus conclusiones, aun no ahondada por el mismo, podría interpretarse en el sentido que la sustitución de una cláusula por una disposición supletoria normativa de Derecho nacional, si bien es una consecuencia permitida y admitida como válida por el propio TJUE<sup>507</sup>, si no se aplica en casos en los

---

<sup>507</sup> En la Sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, p. 83 que se analizará posteriormente.



que concurren los supuestos de hechos previstos y comentados (que la cláusula pueda ser accesoria y separable del resto del contrato sin provocar la nulidad en su conjunto, siendo el ejemplo del caso que comentamos), tal sustitución en sí misma constituiría una modificación del contenido de la cláusula por el juez nacional. Y ello supondría una aplicación inválida e incompleta del Derecho de la Unión y por tanto no permitida a los efectos del principio de no vinculación del art. 6-1 de la Directiva 93/13.

La contraargumentación del Abogado General, aun cuestionable en cuanto al fondo respecto al caso concreto estudiado, tendría sentido en su planteamiento. El Tribunal de Justicia podría haber desarrollado tal línea argumental en la Sentencia Banco Primus. Pero en lugar de ello omite pronunciarse sobre la idoneidad o no sustitución en todo el cuerpo y fallo de la Sentencia que resolvió el procedimiento.

En la Sentencia del Tribunal Supremo español, no unánime, consta el voto particular del magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, que advierte en su fundamento cuarto que la doctrina jurisprudencial de la Sala en lo atinente al vencimiento anticipado infringe el contenido de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 por el quebrantamiento con el principio de efectividad, y la consideración de norma integrante del orden público económico, al vulnerar la propia doctrina jurisprudencial del TJUE (el ya citado asunto C-602/13). Por lo tanto y a juicio del magistrado disidente la aplicación del artículo 693.2 LEC, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria resultaría frontalmente contraria a la Directiva 93/13, razón por la que propone la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva, prediciendo la respuesta que posteriormente pondría de relieve el propio TJUE. Como explica el magistrado disidente, la conclusión de la Sala sería la procedencia de la continuación de la ejecución con la simple inaplicación de la cláusula.

Y en efecto, y en la línea del magistrado disidente, el TJUE considera que la expuesta valoración jurisprudencial del art. 693-2 LEC atenta a la Directiva 93/13. En la Sentencia Banco Primus se parte del hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado enjuiciada y declarada nula, en un sentido literal, no reflejaba las condiciones establecidas en el art. 693-2 LEC (que la ejecución podía iniciarse ante el incumplimiento de tres plazos mensuales o cuotas equivalentes a tres meses). Ello provocaba que la cláusula estuviese comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, que limita la aplicación de la Directiva cuando las cláusulas reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas (art. 1-2 de la Directiva), según el punto 70 de Banco Primus.

Aceptando la inclusión en el ámbito de la Directiva 93/13, y ante el eventual carácter abusivo impreso en la cláusula, la obligación del juez nacional estribaría en dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva en cuestión para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado o tenga potestad alguna para variar su contenido. Es así que dada la naturaleza y la importancia del interés público de la protección de los consumidores, la obligación de los Estados miembros de prever

medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesional y consumidor debe garantizar un efecto disuasorio. Y a juicio del Tribunal el efecto disuasorio del Derecho de la Unión para con las cláusulas abusivas se traduce en una actividad incluida en las prerrogativas del juez nacional que constate la existencia de una cláusula abusiva, en virtud de la cual no pueden depender del hecho de que la cláusula se aplique o no en la práctica, dado el sentido del art. 3-1 de la Directiva 93/13. Y la circunstancia de que la cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola dado el tenor de la Directiva a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (ap. 73 de Banco Primus).

Por ello, aunque la entidad prestamista, como profesional, no hubiese iniciado la ejecución hipotecaria hasta la constatación del impago de siete mensualidades (en lugar del momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, como preveía la cláusula *contra legem*), la obligación del juez nacional, como aplicador del Derecho comunitario no le eximía de deducir todas las consecuencias derivadas del eventual carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado (apartado 74 de Banco Primus), incluyendo “la declaración de nulidad de la cláusula” aún habiéndose respetado en la práctica sin que la interpretación del Tribunal Supremo pudiese suponer una barrera a su declaración en el seno del procedimiento de ejecución<sup>508</sup>.

De este modo se interpretó la jurisprudencia derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 de 23 diciembre, aplicada al proceso de ejecución hipotecaria en el que se planteó la cuestión prejudicial, y que interpretaba el art. 693-2 LEC (como disposición de Derecho nacional), como una limitación o prohibición del juez nacional de constatar el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo como contraria al Derecho de la Unión europea, al impedir al juez nacional aplicador del mismo declarar la nulidad y dejarla sin aplicar. Todo ello aun cuando la entidad ejecutante, como prestamista, no la hubiese aplicado a la hora de iniciar la ejecución, observado los requisitos establecidos por el Derecho procesal nacional (ap. 75 de Banco Primus).

Entendemos imprecisa e incorrecta la postura de la Sala Primera del TJUE en la Sentencia Banco Primus y del magistrado disidente del Tribunal Supremo español en su

---

<sup>508</sup> De hecho, como destacan algunos autores, el propósito real del pronunciamiento es impedir que la sola o exclusiva conducta del empresario pueda implicar, sin ninguna otra consideración o valoración judicial, la declaración del carácter no abusivo de una cláusula determinada. Al especificar el TJUE que la no aplicación de la cláusula ni excluye por sí sola el carácter abusivo de la misma, ni se opone por sí sola a que el juez pueda declararla abusiva, lo que pretendería el Tribunal de Justicia sería que se descarte totalmente que el juez nacional pueda valorar la conducta del empresario, como uno más de los factores a tener en cuenta a la hora de apreciar el carácter abusivo de la cláusula. Al establecer el Derecho de la Unión (art. 4.1 de la Directiva 93/13), y el derecho nacional en el art. 82.3 TRLGDCU que el carácter abusivo de la cláusula se apreciará considerando, entre otros factores, las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, la conducta del empresario en un momento o estadio posterior sólo podría ser tenida en cuenta cuando se guardase una relación con una circunstancia ya presente en el momento de la celebración del contrato, pero no podría “bloquear” la declaración de abusividad. Vid. PAZOS CASTRO, R., «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. A propósito de la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», cit., edición digital.

el voto particular de la Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre. La razón es sencilla: el Tribunal Supremo español, en su Sentencia 705/2015 de 23 diciembre, en ningún momento prohíbe ni limita al resto de tribunales nacionales aplicadores del Derecho de la Unión constatar el carácter abusivo de la cláusula controvertida bajo los estándares y criterios plasmados en la Directiva 93/13, ni declarar su nulidad ni dejarla sin aplicar. Todo lo contrario: el más Alto Tribunal español declara la nulidad por abusividad de la cláusula aplicando implícitamente el principio de primacía del Derecho europeo, pues las normas sustantivas del propio ordenamiento civil interno español preveían la validez de la cláusula.

El Tribunal Supremo español, en su Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, no abjura de la obligación que impone el Auto BBVA del TJUE, cual es deducir todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de una cláusula con independencia de que la cláusula se haya aplicado o puesto en práctica. En ningún punto de la Sentencia española se declara que la aplicación o puesta en práctica de la cláusula sea una circunstancia que afecte a las facultades del órgano jurisdiccional para declarar la abusividad de la cláusula. Antes bien, declara la cláusula abusiva, y le aplica una consecuencia jurídica prevista por la propia jurisprudencia europea, como es la sustitución por una Disposición normativa nacional supletoria. Podría discutirse si la sustitución de la Disposición normativa nacional constituye una alternativa válida a la total exclusión de aplicación de la cláusula del contrato (que implicaría su inejecutabilidad bajo el cauce del procedimiento ejecutivo para bienes hipotecados o pignorados) al concurrir o no los requisitos exigidos en la Sentencia Kásler y Káslerné Rábai. Tal cuestionamiento fue apuntado en el mismo procedimiento de Banco Primus por el Abogado General Maciej Szpunar en el p. 86 de sus conclusiones al caso. Pero lo que entendemos no puede afirmarse es que la comentada Sentencia del Tribunal Supremo español prohíbe constatar el carácter abusivo de la cláusula, como declara el TJUE en el punto cuarto del fallo de la Sentencia Banco Primus, pues efectivamente lo hace y aplicando los criterios que se extraen de la Directiva 93/13.

El TJUE, como ocurrió con la Sentencia Banco Español de Crédito, decide sobre aspectos capitales de Derecho español sin conocer con precisión ni meticulosidad el contenido y extensión real de la institución de Derecho procesal interno que derroca. Por ello elevamos nuestra crítica.

Pero en cualquier caso, aun con la percepción defectuosa de la Sentencia Banco Primus por las razones expuestas, no podemos negar que sus máximas, interpretadas en conjunto con el precedente Auto BBVA, consolidan una posición jurisprudencial clara del Tribunal de Justicia esclarecedora del contenido y límites del principio de efectividad (aun pagada con el alto precio de la imprecisión e inadecuación del juzgador europeo a la realidad de los hechos y presupuestos sometidos a su conocimiento, que ubica a una construcción jurisprudenciales internas conforme con el Derecho europeo en una suerte de inmerecida inferioridad): que el Derecho procesal interno y su jurisprudencia interpretadora no puede prohibir al juez nacional declarar la nulidad de

una cláusula abusiva conforme al Derecho de la Unión, ni siquiera bajo la premisa de que el profesional no ha aplicado la cláusula en la práctica.

Las consecuencias, en el caso de que no se reconociese la posibilidad de sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado por el art. 693-2 de la LEC española serían varias. Por un lado, y como apunta la doctrina científica y el magistrado disidente del Tribunal Supremo, todas las ejecuciones hipotecarias en las que la cláusula de vencimiento anticipado sea declarada nula habrían de ser sobreseídas, como consecuencia de la inaplicación absoluta de la cláusula. Ello conllevaría un indudable impacto para la economía española, pues aquellas escrituras firmadas con anterioridad al año 2013 que establezcan el vencimiento por el impago de una sola cuota o plazo (que vendrían a ser la mayoría de escrituras) devendrían inejecutables por la vía del procedimiento de ejecución hipotecaria, obligando a los acreedores a recurrir a un proceso declarativo para declarar el vencimiento anticipado<sup>509</sup>. Por otro lado, en todas esas escrituras firmadas antes del año 2013 el procedimiento de ejecución hipotecaria sólo permitiría reclamar el número concreto de cuotas impagadas (por ejemplo tres, o cuatro, o cinco cuotas), lo que resultaría desproporcionado con la consecuencia ejecutiva principal del procedimiento cual es la enajenación y subasta de la vivienda. Todo ello supondría, *de facto*, la ineficacia casi automática de la tramitación por el procedimiento de ejecución especial de bienes hipotecados de los préstamos garantizados con hipotecas firmadas con fecha anterior a la Ley 1/2013.

---

<sup>509</sup> El juicio declarativo ordinario previsto en la LEC sería por tanto una opción posible. Mediante el mismo el acreedor hipotecario ejercería frente al deudor la acción resolutoria prevista en el art. 1124 del Código Civil si se trata de un préstamo en el que se haya pactado el pago intereses se trataría de una obligación recíproca en el que resultaría posible el ejercicio de la acción resolutoria, pudiendo pedir el acreedor la devolución de la totalidad del capital prestado (además del resarcimiento de daños y abono de intereses). Si el préstamo fuese gratuito o sin intereses (de tipo comodato, poco frecuente en la práctica bancaria) sería necesario alegar alguna de las circunstancias que conllevarían la pérdida del derecho del deudor a utilizar el plazo en virtud del art. 1129 del Código Civil en defecto de pacto válido Vid. Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo núm. 432/2018 de 11 de julio (RJ 2018\2793). Como afirmó MORENO QUESADA, B., «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías (art. 1.129-3º del Código civil)», *Anuario de derecho civil*, vol. 24, 2, 1971, pp. 432-433, en virtud del art. 1129 del Código civil se origina un vencimiento anticipado de la obligación que no supone una novación de la misma. Por lo tanto en nada afectará el vencimiento anticipado de tal artículo a las garantías de cualquier clase (incluyéndose la hipotecaria) y se incluirán las garantías reales que se hubiesen constituido para la seguridad del crédito. De este modo desaparecería el plazo pactado por precepto legal, haciendo a la obligación pura, vencida y exigible. Este proceso se sustanciaría a través de los trámites de los procesos declarativos ordinarios que regula el Libro II de la LEC (juicio ordinario y juicio verbal, entendiéndose que por razón de la cuantía resultaría más normal que se trate del ordinario). No obstante, como sostiene ADAN DOMÈNECH, validar la cláusula de vencimiento anticipado mediante una norma del Código civil que no determina un número concreto de cuotas impagadas supondría integrar una cláusula nula por abusiva contraviniendo la doctrina judicial del TJUE en tanto que se opone a la prohibición al Juez nacional de integrar las cláusulas consideradas abusivas en un contrato (si el vencimiento anticipado fuese nulo por abusivo), y supondría una falta de protección frente a los efectos de la nulidad por abusividad. Si se reconducesse el vencimiento anticipado por la vía de la acción resolutoria del art. 1124 del Código Civil (a lo que entendemos análoga la vía del art. 1129), el autor advierte la contravención del deber de interpretación de los jueces nacionales conforme a la jurisprudencia del TJUE contemplado en el art. 4-bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Vid. ADAN DOMÈNECH, F., «Oposición al vencimiento anticipado incoado en juicio declarativo», *Revista de Derecho vLex*, vol. 166, 2018, edición digital.

No obstante ponemos de relieve que la posibilidad de continuar el proceso de ejecución hipotecaria en tales supuestos mediante la aplicación supletoria del art. 692-2 de la LEC se encuentra a fecha de redacción del presente trabajo *sub iudice* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de tres cuestiones prejudiciales: C-486/16, caso Bankia; C-179/17, caso Bankia y C-70/17, caso Abanca Corporación Bancaria. Esta última cuestión prejudicial fue planteada por el Tribunal Supremo de España en Auto de 22 de febrero de 2017, de la que está conociendo el Pleno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>510</sup>.

6. La presencia de cláusulas que tengan por objeto u efecto obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o cauces jurídicos por los consumidores

En el anexo de la Directiva 93/13 -y por remisión del art. 3-3 de la misma- se contiene una lista indicativa de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, de las que en el supuesto de hallarse en el contenido de contrato se entendería cumplida la calificación de abusividad del art. 3-1. La lista no es *numerus clausus*, como el propio art. 3 de la Directiva aclara, por lo que en modo alguno se trata de una lista exhaustiva y es susceptible de ampliarse siempre que la cláusula en cuestión cumpla los requisitos del citado art. 3-1.

Dentro del catálogo de cláusulas se destaca una cuyos efectos procesales son de indudable consideración, y es la del art. 1-q del anexo. En su virtud podrían ser consideradas como abusivas por los órganos jurisdiccionales nacionales aquellas cláusulas que tengan por objeto o por efecto la supresión u obstaculización del ejercicio de acciones judiciales o de recursos<sup>511</sup> por parte del consumidor. En particular lo serían aquellas que obliguen al consumidor a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitando indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que en base a criterios legislativos debería corresponder a otra parte contratante.

Debe destacarse que el Derecho interno español impediría la celebración de un arbitraje fuera del Sistema Arbitral de Consumo en el que un consumidor fuese parte. Así el art. 90-1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y

---

<sup>510</sup> Todo ello a la fecha en la que escribimos, a octubre de 2018, a sabiendas de que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea será dictada a finales de 2018 y principios de 2019, habiéndose ya publicado las conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar en los tres asuntos referidos presentadas el 13 de septiembre de 2018.

<sup>511</sup> Como se ha especificado con anterioridad, en la versión original en inglés la expresión es *legal remedies*. Consideramos más óptima la matización de cauces jurídicos.

Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) español consideraría cláusula abusiva aquella que establezca la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico<sup>512</sup>.

Tal circunstancia haría muy difícil contemplar la posibilidad de que las entidades prestamista incluyesen la inserción de una cláusula de sumisión a arbitraje en un contrato de préstamo garantizado con hipoteca. No obstante esta cuestión se ha planteado en sede jurisdiccional europea, cuya mención consideramos de importante referencia a la hora de sintetizar las posibles barreras de Derecho nacional que minarían la aplicación del principio de efectividad a estos supuestos. Es el supuesto del Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de abril de 2014, caso Sebestyén, asunto C-342/13.

La cuestión derivó de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario conforme a Derecho húngaro. En el contrato se pactó expresamente que las controversias suscitadas eventualmente entre las partes en relación con el contrato de préstamo o el contrato de hipoteca estarían sometidas a la competencia exclusiva de una Sala integrada por tres árbitros del Tribunal Arbitral Permanente del Mercado Financiero y de Capitales. Igualmente se estableció la competencia exclusiva del Tribunal Central del Distrito de Pest para conocer de los procesos monitorios o, en caso de que pasaran a ser contradictorios por la oposición del deudor, del procedimiento ordinario.

Si bien el banco informó a la consumidora de las circunstancias ventajosas desde la perspectiva procesal que conllevaba el contrato, no es mas cierto que las mismas tenían el carácter de ser especialmente gravosas. Además de las diferencias sobre normas procesales aplicables al tribunal arbitral y a los tribunales ordinarios se llamó especialmente la atención sobre el hecho de que el procedimiento arbitral es un procedimiento de instancia única en el que las partes no tienen posibilidad de interponer recurso. Incluso, y como hizo constar el TJUE en relación a la práctica jurisprudencial húngara, las costas ocasionadas por la incoación o tramitación del procedimiento arbitral solían ser superiores a las de incoación o tramitación de un procedimiento ante un tribunal ordinario.

Por ello la consumidora solicitó al Tribunal General de Szombathely (correspondiente al fuero territorial de su domicilio) solicitó la declaración de nulidad del pacto de sumisión expresa a arbitraje y a la jurisdicción de Pest alegando la situación ventajosa creada y la limitación de forma injustificada su derecho constitucional para actuar en justicia. Por ello el Tribunal de Szombathely suspendió el procedimiento y planteó al TJUE dos cuestiones prejudiciales: la primera, si en virtud del art. 3-1 de la

---

<sup>512</sup> Sobre la cuestión vid. IBOLEÓN SALMERÓN, B., *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Madrid, Dykinson, 2012,. Sobre la efectividad del arbitraje en la tutela de consumidores y el Ordenamiento de la Unión vid. WAGNER, G., «Private law enforcement through adr: wonder drug or snake oil?», *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, p. 194.

Directiva 93/13 se podía entender como abusiva una cláusula contractual que somete las controversias relativas al contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un banco a la competencia exclusiva de una sala integrada por tres árbitros (y por ende, no siendo posible sus decisiones no son susceptibles de recurso interno); y la segunda si sobre el mismo art. 3-1 se podía entender que la cláusula era abusiva con independencia de que en el contrato de préstamo figurase una información general sobre las diferencias entre el procedimiento regulado en la legislación nacional relativa al procedimiento judicial ordinario.

La postura del TJUE, tras exponer los criterios del Tribunal que conducían a la determinación de abusividad de la cláusula contractual, es que incumbía al propio Tribunal General de Szombathely apreciar sobre la base de dichos criterios el carácter abusivo o no del convenio arbitral controvertido en el procedimiento principal nacional (p. 30 de Sebestyén). En el Anexo de la Directiva 93/13 se contiene la lista indicativa de cláusulas abusivas, entre la que se incluye, como se ha visto más arriba, que las cláusulas tengan por objeto suprimir y obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos (cauces jurídicos) por parte del consumidor.

Y entrando en el fondo de lo consultado por el Tribunal de Szombathely le advierte de la circunstancia de que, aun admitiendo que la información general obtenida por el consumidor antes de celebrar un contrato satisfagan las exigencia de claridad y transparencia que impone el artículo 5 la Directiva 93/13, ello no permite por sí solo excluir el carácter abusivo de una cláusula como la controvertida en el procedimiento principal (p. 34 de Sebestyén)<sup>513</sup>.

Por ello se responder que, los arts. 3-1 y 3 de la Directiva 93/13 así como el punto 1, letra q), de su anexo deben interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional que conozca del asunto determinar si la cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un banco y un consumidor debe ser abusiva. Tal competencia en el examen incluiría aquellas cláusulas que atribuyen la competencia exclusiva para conocer de las pretensiones jurídicas y controversias del contrato a un tribunal arbitral permanente, cuyas decisiones no son susceptibles de recurso de Derecho interno.

En el marco de la apreciación, el tribunal nacional debe adoptar diferentes cautelas. Por un lado comprobar si la cláusula en cuestión tiene por objeto o por efecto suprimir y obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o cauces jurídicos por parte del consumidor. Es decir, si el mismo contrato establece una barrera o impedimento procesal de manera análoga a como el mismo TJUE sancionó a diferentes regímenes procesales por incumplir el Estado miembro en cuestión el deber del art. 7-1. Dicho de otro modo, supondría aplicar, aún en sede contractual, los criterios y filtros delineados

---

<sup>513</sup> Sobre la información precontractual en los contratos de préstamo hipotecario y su propuesta de estandarización en pos de la protección del consumidor vid, entre otros, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «El contrato de préstamo hipotecario», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (coord.) *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*, 2, Barcelona, Bosch, 2015, p. 357.

por el Tribunal de Justicia respecto al principio de efectividad, como si fuese una legislación procesal nacional.

De hecho, entendemos que un Estado miembro cuya legislación ampare la validez de una cláusula (considerada abusiva conforme a los criterios del art. 3 de la Directiva 93/13) que limite los derechos procesales del consumidor estaría dando cobertura implícitamente a una barrera procesal no aceptada por la jurisprudencia europea de conformidad a la obligación de establecer medios eficaces y adecuados para el cese del uso de cláusulas abusivas del art. 7-1 de la Directiva.

La cautela del TJUE de prevenir la afirmación anterior se plasma en la contestación a la segunda cuestión prejudicial. En ella se planteaba que la obligación del tribunal nacional de tener en cuenta que la información general proporcionada al consumidor antes de celebrar un contrato sobre las diferencias existentes entre el procedimiento arbitral y el procedimiento judicial ordinario del art. 5 de la Directiva 93/13 no permite por sí sola excluir el carácter abusivo de la cláusula. Al establecer un requisito cualificado para no declarar abusiva la cláusula de sumisión a arbitraje o modificación de jurisdicción, parece apuntar a un apartamiento parcial de los deberes de claridad y transparencia establecidos en dicho artículo.

Como sustento de esta idea, en la ya comentada Sentencia Mostaza Claro el TJUE amplía la potestad del juez nacional para apreciar la nulidad de un convenio arbitral incluso fuera del propio procedimiento arbitral (y en concreto en el recurso de nulidad contra el laudo). En la estructuración de sus argumentos aplica el razonamiento del caso Océano, según la cual el sistema de protección de la Directiva ampara una situación de inferioridad respecto del profesional en el nivel de información y la capacidad de negociación (p. 25 de Mostaza Claro). Y en tal planteamiento, el objetivo de no vinculación de la cláusula abusiva del art. 6-1 de la Directiva 93/13 no podría alcanzarse si el órgano jurisdiccional, conociendo las pretensiones del consumidor, no estuviese facultado para apreciar la nulidad del laudo (p. 30 de Mostaza Claro).

Por ello, dadas las amplias facultades que el TJUE deposita en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros entendemos que la nulidad de una cláusula de sumisión a arbitraje o modificativa de jurisdicción debe analizarse no sólo bajo los criterios generales de los artículos 3-1 y 5 de la Directiva 93/13, sino que el juez debe cuestionarse hasta qué punto la cláusula provoca una limitación de los medios adecuados y eficaces para el cese de las cláusulas abusivas que el art. 7-1 de la Directiva impone a los estados. Así dicha circunstancia, aun improbable, es trasladable y ha sido aplicada por el TJUE en los procesos relacionados con préstamos garantizados con hipoteca.

Un supuesto controvertido en la actualidad es el de las llamadas novaciones hipotecarias, en el que el Tribunal Supremo de España ha calibrado hasta qué punto una cláusula contractual puede suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor. Este supuesto puede entenderse como una zona



gris en la que la consideración de abusividad de la cláusula limitadora de acciones judiciales para el consumidor ha sido aplicada heterogéneamente en diferentes circunstancias por el Tribunal Supremo.

Así, hemos de partir de la idea esencial de que una novación hipotecaria supone la modificación o extinción del contrato de préstamo hipotecario y las obligaciones que contiene. Esta modificación se produce a través de la constitución de una nueva obligación (por medio de otro contrato nuevo) que produce efectos jurídicos en las obligaciones derivadas del contrato anterior. Se establece en el art. 1156 del Código Civil español como causa de extinción de las obligaciones, y se regula entre los arts. 1203 y 1213 del mismo Código Civil.

De este modo las partes del contrato de préstamo hipotecario pueden, por medio de un contrato de novación modificativa, cambiar las obligaciones que figuraban en el contrato primitivo. Igualmente cabría la posibilidad, por medio de un contrato de novación extintiva, disolver las obligaciones constituidas.

El problema viene en lo que respecta a la novación de la cláusula suelo, que establece un límite mínimo al interés variable establecido en la cuota del préstamo. Con la anteriormente referida Sentencia Aziz fue declarado nulo con carácter general la cláusula suelo en todos los contratos en los que el consumidor fuese una parte (dado el clásico argumento de la desigualdad en la negociación del contrato entre el consumidor y el profesional). De este modo muchos consumidores que habían contratado algún contrato de préstamo garantizado con hipoteca se dispusieron a reclamar a sus entidades bancarias la remoción de la cláusula suelo del contrato y la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas dada la diferencia del límite del interés variable.

A partir del 14 de marzo de 2013, en que fue dictada la Sentencia Aziz se dispararon las reclamaciones judiciales con este fin, aunque muchos particulares decidieron suscribir acuerdos transaccionales para evitar recurrir a la vía judicial, con condiciones novacionales de los contratos de préstamo hipotecario.

El problema es que los contratos de novación, en la mayoría de los casos, introducen un pacto de renuncia de acciones. Por medio de este pacto las partes ratifican la validez y vigor del préstamo y en consecuencia renuncian expresamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos. Este pacto es claramente limitador de cualquier acción judicial que el consumidor se plantee realizar contra la entidad bancaria.

En muchos supuestos el mínimo de interés variable se dejó a cero como consecuencia de la nulidad declarada por el TJUE, pero se limitaron las reclamaciones anteriores al 14 de marzo de 2013 (fecha de dictado de la Sentencia Aziz). Esta postura se vio reforzada por la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013, que limitó la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo (a pesar de que, como ya se aludió anteriormente, la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo fue declarada opuesta al principio de no vinculación del

art. 6-1 de la Directiva 93/13 en la Sentencia Gutiérrez Naranjo). En otros supuestos los consumidores se conformaron con un límite más bajo que el que tenían contratado anteriormente (por ejemplo, del 2,25% nominal anual). Este segundo supuesto, en esencia, implica seguir reconociendo un límite al interés variable (circunstancia declarada nula por el propio TJUE en Aziz).

El problema es que la postura del Tribunal Supremo español ha sido diferente en los dos supuestos: en el que el interés variable se deja a cero y en el que se pacta un interés mínimo.

Por un lado encontramos la Sentencia nº 558/2017 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2017, rec. 255/2015 (Ponente Rafael Saraza Jimena). En supuesto que trae origen de este procedimiento es una novación modificativa sobre el límite del interés variable por el desequilibrio y falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor. Y como consecuencia, los particulares consumidores pretendían que la entidad bancaria les abonase la diferencia entre el tipo de interés aplicado como suelo durante los años 2010, 2011 y 2012 (anteriores a la Sentencia Aziz y excluido de la negociación de las partes dada la jurisprudencia del Tribunal Supremo), excluidos de una novación anterior que removía la cláusula suelo.

Los recurrentes consumidores sostuvieron que la falta de transparencia determinaba la nulidad absoluta de la cláusula suelo y, por tanto, no susceptible de subsanación por convalidación o novación.

El Tribunal Supremo admitió que la cláusula suelo, que tiene una incidencia importante en la posición jurídica y económica de las partes -pues en la práctica convirtió el préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo- carecía de transparencia y debía considerarse abusiva (fj 6º-1).

Al tratarse la nulidad de la cláusula de una nulidad de pleno derecho, se impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). Y por lo tanto no sería posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea (fj 6º-3).

Como consecuencia de lo anterior, no puede entenderse que el contrato resultase convalidado por la petición de los prestatarios consumidores para que se les redujese la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción. En resumen: la nulidad de la cláusula suelo no puede quedar subsanada por el contrato de novación (fj 6º-6).

En la STS de 16 de octubre de 2017 se aceptó la idea de que la novación no puede subsanar la nulidad que produce el art. 6-1 de la Directiva 93/13.

No obstante, el Tribunal Supremo parece retractarse en su Sentencia núm. 205/2018 de 11 de abril de 2018 (ponente Ignacio Sancho Gargallo). En la misma, se

admite la validez de una novación de cláusula suelo en la que en lugar de remover la limitación del interés (dada su nulidad) se baja la cláusula al 2,25% nominal anual.

La razón, a juicio del Tribunal Supremo, es que los contratos suscritos no son novaciones sino transacciones (fj 3º-4), en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales (después de que se hubieran dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo).

A juicio del Tribunal Supremo el efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explicó que la situación de incertidumbre y el *animus* de evitar el pleito. Estas dos circunstancias se entendieron características de la transacción, diferenciándolo de la “mera novación”. Por ello los contratos autodenominados de novación modificativa, en atención a su contenido y la causa que subyace a los mismos, se consideraron transacciones y no meras novaciones obligacionales. Todo ello sin perjuicio de que, como parte de las concesiones recíprocas de las partes al transigir, se modificase el límite a la variabilidad del interés convenido (cláusula suelo). Esta distinción tendría gran relevancia en relación con el juicio sobre su validez (fj 3º-4).

Para el Tribunal Supremo en su segunda sentencia la transacción no contravenía la ley, al tratarse de ante una materia disponible. Para el Tribunal Supremo la imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir, siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico (fj 3º-4).

Por lo tanto, para el Tribunal Supremo español, “en tanto no se acredite alguna causa de nulidad del acuerdo” las partes quedarían vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, la renuncia de acciones sería efectiva, pues se haría a cambio de una rebaja en el suelo. En conclusión, el Tribunal Supremo impide enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente “porque las partes quedan vinculadas por lo transigido” (fj 3º-9).

El Tribunal Supremo español se reitera en esta jurisprudencia en su Sentencia de la Sección 1º de la Sala Primera núm. 548/2018 de 5 octubre (JUR 2018\266914), cuyo magistrado ponente fue igualmente Ignacio Sancho Gargallo, en relación a la novación producida por un contrato de ampliación de préstamo hipotecario. En esta Sentencia se valora incluso la adecuación al principio de efectividad, aduciendo en su fundamento jurídico 2º es que “El efecto de la eventual nulidad de la cláusula suelo del primer contrato sería que la cláusula se tuviera por no puesta y, por lo tanto, que no produjera efectos. En consecuencia, si se hubiera aplicado ese límite inferior a la variabilidad del interés, el prestatario consumidor de aquel contrato originario tendría derecho a la restitución de lo cobrado mediante tal aplicación indebida (lo que no ha sido objeto de este pleito). Esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta y por lo tanto que no llegue a producir efectos, no debe impedir que el prestatario pueda pactar en un posterior contrato de ampliación del préstamo en el que no actúa como consumidor otro límite inferior a la variabilidad del interés, que no adolezca del

vicio de nulidad por falta de transparencia ni sea fruto de un consentimiento viciado. Con ello, no se merma el principio de efectividad del art. 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tendría en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes y en la que el prestatario no ostenta la condición legal de consumidor”.

La opinión de la Sala en su Sentencia 548/2018 de 5 octubre se resume en esencia en que mantener los efectos de una cláusula declarada nula por abusiva en un contrato novado no vulnera el principio de efectividad, en tanto que se declara abusiva y se tiene por no puesta en el contrato original. No obstante, la declaración de abusividad que reconoce el Tribunal Supremo es meramente formal, puesto que traslada los efectos de la cláusula nula del contrato inicial al contrato posterior novado. En contra de lo que la misma Sala del Tribunal Supremo opina, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, sí que podría constituir una vulneración flagrante y manifiesta al principio de efectividad, en tanto que establece limitaciones a la plena aplicación del Derecho de la Unión. La misma aplicación del Derecho de la Unión, en tanto a los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula, pasarían por el principio de no vinculación: el juez nacional debe limitarse a dejar la cláusula sin aplicación frente al consumidor (p. 71 de la Sentencia Banco Español de Crédito) sin que quepa matizar, moderar o mantener condicionadamente su contenido, o sustituir la cláusula por una disposición de Derecho interno si al consumidor le resulta más perjudicial la supresión del contrato en su totalidad (como se plantea en el asunto Kásler y Káslerné Rábai). Cuestión distinta sería que el particular no tenga la condición de consumidor, lo que sería presupuesto y requisito básico para la no aplicación del Derecho europeo de consumo, pero la jurisprudencia mantenida en los anteriores términos corre el serio riesgo de ser declarada contraria al derecho de la Directiva 93/13 por su lesión, precisamente, a los principios de efectividad y no vinculación.

Volviendo a la transacción, el Tribunal Supremo da fuerza al pacto de renuncia de acciones, incluso por encima de los efectos de nulidad que declara la jurisprudencia del TJUE en relación al art. 6-1 de la Directiva 93/13. Y es cierto que el contrato se trata de una transacción, en tanto que evita la provocación de un pleito (art. 1809 del Código Civil español) y que la transacción tiene para las partes el efecto de cosa juzgada (art. 1816 del Código Civil). Pero ello no impide que la transacción, en tanto que contrato, pueda adolecer de una causa de nulidad. Así lo declara el propio Tribunal Supremo español en su sentencia de la Sección 1ª núm. 199/2010 de 5 abril (ref. RJ 2010\2541): la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior. Y además la interpretación del artículo 1816 CC ha de hacerse sin mengua de la naturaleza contractual propia de la transacción (fj 3º-B). La transacción puede ser extrajudicial (en cuyo caso constaría en documento privado) o judicial, en cuyo caso quedaría aprobada o homologada (lo que facilitaría el acceso al proceso de ejecución del acuerdo ex art. 517 LEC). En este caso la transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la

aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso. Pero seguiría teniendo su carácter contractual y seguiría siendo posible instar la nulidad del contrato.

El Tribunal Supremo parece olvidar el contenido del Anexo primero 1-q a la Directiva 93/13, aplicado en *Sebestyén*: las cláusulas contractuales no pueden suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales por parte del consumidor. Y esto es así con independencia de la naturaleza jurídica del contrato: de transacción o de novación. El contenido del contrato de transacción es una novación judicial, y por lo tanto puede adolecer de los vicios de nulidad que ha sintetizado la jurisprudencia del TJUE en innumerables resoluciones. Pero ello no impide al particular instar la nulidad de la transacción, ni puede constituirse una barrera al consumidor.

En tales circunstancias entendemos que la Sentencia del Tribunal Supremo español nº 205/2018 de 11 de abril de 2018, a la hora de atribuir unos efectos a la regulación nacional de la transacción tendente a no reconocer la extensión de la nulidad de una cláusula abusiva, se opone a los comentados arts. 6-1, 7-1 de la Directiva 93/13; e igualmente da virtualidad a una cláusula que suprime u obstaculiza el ejercicio de acciones judiciales o de cauces jurídicos por parte del consumidor, expresamente considerada abusiva en el Anexo primero 1-q. Por lo tanto advertimos de esta situación de cara a futuros cambios en su jurisprudencia. De hecho, a la fecha se han planteado dos cuestiones prejudiciales en las que se plantea al TJUE hasta qué punto sería admisible bajo los principios de no vinculación y efectividad la moderación de una cláusula abusiva nula por acuerdo entre las partes así como el pacto renuncia de acciones judiciales<sup>514</sup>.

## II. LA POSIBILIDAD DEL JUEZ NACIONAL DE ADOPTAR CUALQUIER MEDIDA CAUTELAR EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA (Y EN PARTICULAR LA SUSPENSIÓN): EL CASO KUŠIONOVÁ COMO TENDENCIA LEGISLATIVA NACIONAL ACEPTADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

Los problemas derivados del ejercicio de la acción hipotecaria encuentran otra objeción importante en su perspectiva europea con el Auto del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2016, asunto C-568/14, caso *Fernández Oliva*. A pesar de que la normativa española controvertida no se ceñía en sentido estricto al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, sino al art. 721 LEC (relativo a la adopción

---

<sup>514</sup> Una por Auto de 26 de junio de 2018, remitida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (tramitándose como asunto C-452/18, caso *Ibercaja Banco*), y otra por el Juzgado de Primera Instancia nº 3-bis de Albacete, remitida por auto de 2 de octubre de 2018.

de las medidas cautelares), a la hora de realizar el juicio de conformidad al principio de efectividad es tenido en cuenta.

No es la primera vez que se cuestiona el carácter restrictivo de la legislación procesal española a la hora de adoptarse medidas cautelares en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria (por el carácter taxativo del art. 698 LEC). Ya en el caso *Aziz* se puso de relieve la imposibilidad de adoptarse una medida cautelar de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Es necesario partir de una premisa esencial: Puede surgir la necesidad de suspender un proceso judicial interno por la colusión con el Derecho de la Unión. No obstante y como hemos visto el procedimiento interno puede impedir la efectiva aplicación del Derecho de la Unión, sustentándose en normas nacionales que así lo dificulten. Bajo este planteamiento el Derecho de la Unión posibilita la suspensión de la norma interna, incluso en sede cautelar, cuando se discuta la adecuación o inadecuación de dicha norma con el Derecho de la Unión. En este sentido el TJUE ha interpretado el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario (como manifestación del principio de efectividad) en el anteriormente citado caso *Unibet* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-432/05). En el punto 83 de *Unibet* se especifica que en caso de duda sobre la conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario pueden concederse medidas cautelares para suspender la aplicación de dichas disposiciones hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de estas con el Derecho comunitario (bien resolviendo conforme a Derecho de la Unión o planteando cuestión prejudicial al TJUE). No obstante dichas medidas se rigen por los criterios establecidos por el Derecho nacional aplicable ante el órgano jurisdiccional competente. Y como habitualmente garantiza el TJUE se establece el requisito de que los criterios de la normativa procesal nacional no sean menos favorables que los referentes a recursos (cauces jurídicos) semejantes de naturaleza interna –en lo que respecta al principio de equivalencia– ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil la tutela judicial cautelar de tales derechos –en lo que respecta al principio de efectividad–.

Dicho de otra manera, y ofreciendo una lectura negativa de este punto del caso *Unibet*: la normativa procesal nacional que regule las medidas cautelares puede posibilitar la suspensión de aplicación de las normas procesales nacionales hasta obtener un pronunciamiento sobre la conformidad o no con el Derecho de la Unión (emanado por el mismo tribunal nacional en sus funciones de juez comunitario o tras la tramitación de la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE). Pero si hace imposible en la práctica o muy difícil la tutela cautelar de tales derechos se estará lesionando el principio de efectividad y consecuentemente la normativa procesal nacional no sería conforme con el Derecho de la Unión.

En el caso *Fernández Oliva* la problemática estribó en el hecho de que el juez que conoce de un asunto principal carece de la posibilidad de adoptar de oficio medidas

cautelares en los casos en que el consumidor no ha solicitado expresamente en su acción individual la adopción de medidas para suspender la aplicación de una cláusula suelo si el proceso individual se encontraba a la espera de la existencia de sentencia firme en relación con una acción colectiva paralela pendiente. En tal caso se concluye que tal régimen procesal puede menoscabar la efectividad de la protección de la Directiva 93/13. La razón es que resultaría imposible que el juez que conoce de una acción individual dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual adopte de oficio medidas cautelares (y en particular la suspensión de la aplicación de esa cláusula durante todo el tiempo que estime oportuno), a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente<sup>515</sup>.

Con tal escenario, si el juez que conoce del asunto carece de la posibilidad de adoptar de oficio medidas cautelares, aun no habiéndose solicitado por el consumidor en su acción individual la adopción de tales medidas para suspender la aplicación de una cláusula suelo, el órgano jurisdiccional no podría evitar que el consumidor abone a lo largo del proceso judicial las cuotas mensuales de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca de un importe superior al que efectivamente debería abonar si se excluyera la aplicación de esa cláusula. Unas de las razones validadas y tenidas en cuenta por el TJUE para sostener esta interpretación fue la existencia de un riesgo real e inmediato de que la capacidad de pago de dicho consumidor peligre en el transcurso. En tal situación, las entidades financieras podrían iniciar procedimientos de ejecución hipotecaria para obtener, mediante el embargo de la vivienda del consumidor y de su familia, el pago de cantidades eventualmente indebidas e injustamente cobradas (c. 35 de Fernández Oliva). Por ello se concluyó que el sistema procesal analizado, en el que no se permite que el juez que conoce de una acción individual de un consumidor dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula del contrato adopte de oficio medidas cautelares a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente, no respetaba el principio de efectividad, siendo la protección del consumidor incompleta e insuficiente a los efectos del art. 7-1 de la Directiva 93/13.

Con esta jurisprudencia, y cumpliéndose los vaticinios de la doctrina, el TJUE da un paso en lo que respecta a la satisfacción del Derecho europeo a través de la tutela cautelar nacional. Ante el riesgo de que los ámbitos comprendidos en el Derecho de la

---

<sup>515</sup> Sobre la materia vid. NIEVA FENOLL, J., «El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro», *Revista de Derecho mercantil*, vol. 264, 2007, ARMENTA DEU, T., «Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español», en CARBONELL PORRAS, E. y CABRERA MERCADO, R. (coords.) *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, y COROMINAS BACH, S., «Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 34, 2014, y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La indefinición del sistema de acciones colectivas en España y Europa», en CABRERA MERCADO, R.: QUESADA LÓPEZ, P. M. y LÓPEZ PICÓ, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2018,.

Unión pasen a ser demasiado rígidos, y a través del principio de efectividad se produce un aflojamiento del vínculo entre el proceso principal y el cautelar<sup>516</sup>.

De hecho, de la interpretación de la Sentencia Fernández Oliva<sup>517</sup> se ha llegado a vislumbrar una aceptación del TJUE sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares de oficio, cuando la materia del proceso nacional se integre en el orden público comunitario<sup>518</sup>.

Siguiendo con el análisis de las causas de inadecuación del proceso español de ejecución hipotecaria al Derecho de la Unión por no cumplir el estándar de la efectividad es preciso destacar un supuesto que, si bien no se dicta al amparo de la legislación española, resulta de especial relevancia e interés para conocer la postura del TJUE en la materia: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, caso Kušionová. Si bien el objeto de la cuestión se ciñe a las modalidades de ejecución de una garantía derivada de un contrato de préstamo hipotecario conforme al Derecho eslovaco (art. 151j, apartado 1, del código civil eslovaco), la jurisprudencia europea enhebrada para el procedimiento español de ejecución hipotecaria es invocada (S. Aziz, p. 50), y las conclusiones del Tribunal de Justicia pueden ser igualmente extrapolables dada la identidad del derecho.

El caso planteado derivó de una demanda de anulación de un contrato de crédito al consumo en el que se constituyó una garantía inmobiliaria sobre la vivienda familiar de la demandante en el litigio principal. El tribunal de segunda instancia que conoció del asunto se planteó si una de las cláusulas del contrato constitutivo de la garantía, cual era la referida a la ejecución extrajudicial de la garantía constituida sobre el bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor tenía carácter abusivo. La principal contrapartida advertida era que tal cláusula permitía al acreedor ejecutar la garantía constituida sin mediar control jurisdiccional, derivando dicha cláusula de una norma legal interna amparada por el propio Derecho eslovaco.

En esencia de la primera a la tercera cuestión prejudicial planteada por el tribunal eslovaco remitente, de índole jurídico-procesal, se preguntaba si a la luz de los artículos 38 (garantización de un elevado nivel de protección a los consumidores en la Unión) y 47 (Derecho a la tutela judicial efectiva) de la CDFUE, las disposiciones de la Directiva 93/13 debían interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales

---

<sup>516</sup> QUERZOLA, L., «La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2014, p. 327; o QUERZOLA, L., «La tutela cautelare antitrust fra processo e amministrazione: riflessioni minime», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2007, p. 291.

<sup>517</sup> En conjunto con otras resoluciones del TJUE, como la Sentencia Aziz y Sentencia Sánchez Morcillo I (p. 43) en el ámbito de Derecho europeo de consumo, y la Sentencia de la Sala Tercera de 5 de octubre de 2006, caso Transalpine Ölleitung en el ámbito de Derecho de la competencia. Ambas materias calificadas por el TJUE como de orden público comunitario.

<sup>518</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., pp. 78-81 y 165.



posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor.

Y en este sentido el TJUE no teme en esconder un hecho evidente, si bien diluido fácticamente por la jurisprudencia del propio Tribunal de Luxemburgo: En lo que atañe a la ejecución de garantías ligadas a los contratos de préstamo concluidos por los consumidores la Directiva 93/13 no contiene ninguna precisión sobre la ejecución de las garantías (p. 49 de Kušionová). Por ello, y conectándolo con la falta de armonización en el Derecho europeo de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, se declara la competencia de los Ordenamientos internos para especificar tales reglas en base al principio de autonomía procesal, obviamente limitado por los principios de efectividad y equivalencia.

Si bien en el caso Kušionová no se apreciaron dudas respecto a la conformidad de la disposición nacional con el principio de equivalencia, con el principio de efectividad no se apreció la claridad de la conformidad. En tal situación, el Tribunal planteó que era preciso determinar en qué medida sería prácticamente imposible o excesivamente difícil aplicar la protección conferida por la Directiva 93/13. Y es que el Derecho interno eslovaco, en el art. 151m-1, de su Código Civil (puesto en relación con el artículo 17-3, de la Ley sobre las ventas en subasta voluntaria) preveía que una venta en subasta puede ser impugnada en un plazo de 30 días a partir de la notificación de la ejecución de la garantía, en el que la persona que se oponía a las modalidades de esa venta disponía de un plazo de tres meses desde la adjudicación para actuar (p. 55 de Kušionová).

En vistas a la aplicación del principio de efectividad el supremo juzgador europeo realiza una comparación con otros procesos nacionales, señalando al Derecho procesal español como “mal ejemplo”: por un lado de los 20 días del proceso monitorio español (con todas las críticas que hemos vertido a tal efecto) o de la acción del consumidor en la oposición de la ejecución hipotecaria (p. 57 de Kušionová), aduciendo que el plazo de 30 días previsto por la legislación eslovaca no era comparable en términos de establecimiento de medios procesales apropiados y eficaces.

El Tribunal de Justicia, aplicando la lógica de la Sentencia *Le Crédit Lyonnais* de 27 de marzo de 2014 (C-565/12) y como derivación del principio de cooperación leal del art. 4 TUE<sup>519</sup> vincula el análisis del principio de efectividad a las facultades que

---

<sup>519</sup> Ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2004, asunto C-453/00, caso *Kühne & Heitz NV* se puso de manifiesto la relación entre el principio de cooperación leal del actual art. 4-3 TUE (por entonces art. 10 del Tratado de Constitución de la Comunidad Europea), y la aplicación efectiva y plena del Derecho de la Unión. La duda se centraba en el hecho de si el Derecho de la Unión exigía reconsiderar a un órgano administrativo si una resolución había adquirido firmeza, a fin de garantizar la eficacia plena. La posición del Tribunal fue que el principio de cooperación leal obliga a un órgano administrativo a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho comunitario efectuada por el Tribunal de Justicia en diferentes supuestos: A) cuando dispone de la facultad de reconsiderar dicha resolución según el Derecho nacional; B) cuando la resolución adquiere firmeza por la sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia; C) cuando dicha sentencia está basada en una interpretación del

tienen los Estados miembros para elegir las sanciones aplicables a las infracciones del Derecho de la Unión<sup>520</sup>, debiendo velar por que estas tengan carácter efectivo, proporcionado y disuasorio (p. 59 de Kušionová). De ahí que en el análisis del principio de efectividad introduce implícitamente dos elementos específicos que se consolidarán como nuevos criterios para evaluar la adecuación de la normativa procesal interna a los estándares del Derecho de consumo: la proporcionalidad<sup>521</sup> y carácter disuasorio (entendemos de la obligación de no vinculación establecida en el art. 6-1 de la Directiva 93/13).

En el análisis de conformidad al principio de efectividad de la legislación eslovaca, el Tribunal de Justicia tuvo en consideración que la legislación eslovaca (arts. 74-1 y 76-1 del Código de Procedimiento Civil) el juez nacional tenía plena potestad para adoptar cualquier medida provisional que impidiese continuar con la ejecución extrajudicial del contrato de garantía (p. 60 de de Kušionová), lo que constituía una sanción del Derecho comunitario de carácter efectivo y disuasorio.

Especial atención merece la valoración del art. 21-2 de la Ley sobre las ventas en subasta voluntaria eslovaca (*Zákon o dobrovolných dražbách*). Dicho precepto permite al juez nacional la posibilidad declarar la nulidad de la venta o subasta (*dražby*) en caso de que la parte impugne de la validez de la cláusula o acuerdo en el que se establezca la garantía. La opinión del tribunal es que una regulación de este tipo coloca retroactivamente al consumidor en una situación casi análoga a la inicial (previa al inicio de la ejecución) y no limita, en caso de que se declare judicialmente la venta o subasta como ilícita por defectos del título, que la reparación del perjuicio del ejecutado se limite únicamente a una compensación económica (p. 61 de Kušionová).

Pero a la hora de valorar la proporcionalidad el Tribunal de Justicia hace un especial pronunciamiento dirigido a las normativas procesales internas: y es que se hace preciso prestar especial atención al hecho de si el bien objeto del procedimiento de ejecución extrajudicial de la garantía discutida en el litigio principal nacional es el inmueble que constituye la vivienda familiar del consumidor (p. 62 de de Kušionová).

Por ello el Tribunal de Justicia introduce como elemento a la hora determinar el alcance de la proporcionalidad la especial protección que el bloque normativo de Derechos fundamentales a nivel europeo configura sobre la vivienda familiar. La pérdida de la vivienda no sólo es considerada por la jurisprudencia del TJUE como una

---

Derecho comunitario que es errónea (por la existencia de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior), adoptada sin haberse planteado cuestión prejudicial al TJUE; y D) cuando el interesado se dirige al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia. De este modo se interpreta el principio de cooperación leal de una forma muy próxima al principio de efectividad: se favorece el nuevo examen de una resolución de naturaleza administrativa firme, para asegurar la plena eficacia del Derecho de la Unión en los procedimientos internos.

<sup>520</sup> Igualmente vid. VERSACI, G., «Credito al consumo: obblighi formali ed effettività rimediabile nel canone della Corte di Giustizia», cit., p. 437.

<sup>521</sup> Vid. JIMENO BULNES, M., «Sobre el principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas», *Revista universitaria de Derecho procesal*, vol. 0, 1988, pp. 137-154. Para

grave lesión de los derechos de los consumidores en su jurisprudencia específica (Sentencia Aziz, p. 61), sino que se señala como Derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la CDFUE que los tribunales nacionales deben tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13 (p. 65 de Kušionová). Además se tiene en cuenta la jurisprudencia del TEDH, que valora a la pérdida de la vivienda como una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio, por lo que correr el riesgo de su pérdida por una medida judicial interna debe poder habilitar al examen de la proporcionalidad de dicha medida<sup>522</sup>.

Por ello concluye en la adecuación de la normativa eslovena (arts. 74-1 y 76-1 del Código de Procedimiento Civil y 21-2 de la Ley sobre las ventas en subasta voluntaria) al principio de efectividad. Permitir al juez nacional aplicador del Derecho de la Unión la posibilidad de ordenar cualquier medida provisional (en el caso estudiado la prohibición de continuar con la ejecución de la venta del bien, lo que equivaldría a la suspensión) constituye un medio adecuado y eficaz de hacer cesar la aplicación de cláusulas abusivas (p. 67 de Kušionová). No es la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre la suspensión en la ejecución de la garantía: ya en la Sentencia Aziz (p. 59) se advirtió sobre la importancia de que el juez nacional pueda disponer de medidas cautelares que puedan suspender o contrarrestar un procedimiento ejecución hipotecaria del que se discute su ilicitud o inadecuación a Derecho de la Unión cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la efectividad de la protección pretendida por la Directiva 93/13 (en el caso Aziz en sentido negativo).

De este modo la Sentencia Kušionová resalta una importante característica para aceptar la conformidad de los procedimientos nacionales de ejecución de garantía hipotecaria al Derecho europeo de consumo y la efectividad del mismo (en el caso analizado ejecución extrajudicial, pero como se ha visto en el caso Aziz se puede extrapolar *mutatis mutandi* a la judicial) cuando median dos elementos de clara trascendencia jurídica: la vivienda familiar y el carácter de consumidor del propietario. Tal característica sería la posibilidad del juez nacional para que disponga de medidas cautelares que puedan suspender o contrarrestar un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria (entendido el mismo aquel en el que se impugne el contrato que establezca la garantía origen de la ejecución en base a las disposiciones normativas de Derecho europeo) cuando la concesión de dichas medidas se manifieste necesaria para garantizar la efectividad de la protección pretendida y conferida por los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13<sup>523</sup>.

Por todo ello concluye el TJUE que las disposiciones de la Directiva 93/13, y en concreto el art. 7-1, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa que permite el cobro de un crédito -basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas- mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un

---

<sup>522</sup> Sentencias del TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda n° 19009/04, apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda n° 27183/04, apartado 137; citadas por el TJUE en el caso Kušionová.

<sup>523</sup> ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «Sobre la incidencia de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el procedimiento de ejecución hipotecaria», cit., edición digital.

bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, circunstancia que corresponde verificar al tribunal remitente. Del cuerpo de la Sentencia Kušionová entendemos que en esta conclusión se complementa con un requisito adicional: el TJUE incluye la necesidad implícita de que el propio órgano jurisdiccional nacional pueda adoptar medidas cautelares que suspendan o prohíban continuar con el procedimiento de ejecución de la garantía cuando el consumidor impugne el contenido (cláusulas) del contrato de garantía alegando alguna prohibida por el Derecho de la Unión, ya fijada en sentido negativo en la Sentencia Aziz.

El Tribunal de Justicia se posiciona en el caso Kušionová alabando la posibilidad legislativa de que los órganos jurisdiccionales nacionales, en los procedimientos de ejecución contra consumidores (y en particular aquellos en los que el objeto es la garantía de un inmueble que constituye la vivienda habitual) puedan adoptar cualquier clase medida cautelar (y en especial la suspensión). Por ello considera conforme al principio de efectividad procesal la legislación eslovaca, y por el contrario atentatoria la española.

Cabría plantearse hasta qué punto se establece un estándar que prohíbe al legislador procesal de los Estados miembros la posibilidad de limitar la adopción de medidas cautelares en el proceso de ejecución hipotecaria. Y en especial, si es posible que un Estado miembro pueda desterrar la suspensión del proceso de ejecución o contrarrestar los efectos cuando se alega alguna causa de ilicitud u oposición al Derecho de la Unión.

Como se expuso en el punto 49 de Kušionová, el Derecho de la Unión no establece ninguna regulación sobre la ejecución de las garantías ligadas a los contratos de préstamo, y es un brocardo constante que los Derechos nacionales en materia de ejecución forzosa no se encuentran armonizados. A partir de ahí se enrocaría el principio de autonomía procesal de los Estados, que conferiría amplio margen de maniobra, limitado por el principio de efectividad y su proyección particular del art. 7-1 de la Directiva 93/13, que ninguna consideración hace al respecto.

De hecho algunos autores han sostenido que no toda oposición a la ejecución por alegación del carácter abusivo de una cláusula del préstamo hipotecario debería tener un efecto suspensivo directo. El razonamiento doctrinal se basa en que tanto la Directiva 13/1993 la legislación española de protección de consumidores parten del criterio de la nulidad parcial del contrato, que se circunscribe a la propia cláusula abusiva. En consecuencia no se contagiaría ni el resto del contrato ni el procedimiento de ejecución. En tales casos se pide la aplicación de un régimen análogo al previsto para la pluspetición en el art. 558 de la LEC española: la ejecución no se suspende pero la cantidad que exceda de la reconocida por el ejecutado no se entregaría al ejecutante mientras la oposición no quede resuelta. De hecho la actual regulación de la oposición por cláusulas abusivas del art. 695 LEC diferencia en función de si la cláusula abusiva

fundamentaba o no la ejecución para que el juez nacional acordase el sobreseimiento (si lo fundamentaba) o la continuación con la inaplicación de la cláusula abusiva (si no la fundamentaba)<sup>524</sup>. Ahora bien, a tal interpretación pueden argumentarse dos objeciones: por un lado, que estamos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y la detección de barreras procesales nacionales en este campo es mucho más sensible por el TJUE; y por otro lado que si el bien ejecutado se trata de la vivienda familiar en la aplicación del Derecho de la Unión habrá de tenerse en cuenta un juicio de proporcionalidad para garantizar el respeto a los Derechos fundamentales y humanos reflejados en el CEDH y la CDFUE, como vamos a profundizar.

No obstante, dentro de las aplicaciones específicas del principio de efectividad y a la luz del examen de proporcionalidad consideramos que se encuentra incorrectamente conectado con el principio de efectividad. Si bien el TJUE lo entronca con el principio de cooperación leal de los Estados (que la legislación procesal sea efectiva puede entenderse como una cooperación leal de los Estados en cumplimiento del Derecho de la Unión), tal razonamiento es aplicado en virtud de la facultad de elegir las sanciones aplicables a las infracciones del Derecho de la Unión, y las características por el que los Estados deben velar en su cumplimiento. Al margen de la crítica hermenéutica, el TJUE somete la apreciación de la trasgresión del principio de efectividad al carácter proporcional de la legislación procesal nacional.

Y este carácter proporcionado de la legislación procesal nacional adquiere particular importancia por el TJUE cuando el bien objeto del procedimiento de ejecución de la garantía es el inmueble que constituye la vivienda familiar del consumidor, en conexión con el Derecho a la vivienda del art. 7 CDFUE y 8 del CEDH. Resulta aplicable, de este modo, la doctrina de QUERZOLA, quien sostiene que en la aplicación de la jurisprudencia comunitaria en materia de medidas cautelares debería procederse a un examen del equilibrio de intereses. En base a la doctrina del equilibrio de intereses debe incorporarse incluso a la jurisprudencia del TJUE en materia de medidas cautelares el análisis a la conformidad de los Derechos humanos reconocidos en el CEDH y los fundamentales nacionales, incluyéndolos en el proceso de armonización<sup>525</sup>. En tal sentido doctrinal se ha pronunciado el TJUE y ha marcado un criterio específico en lo que se refiere la efectividad de determinadas medidas cautelares.

Puede extractarse de este modo que la contravención al Derecho de la Unión detectada por el TJUE en las regulaciones nacionales de la suspensión ejecutiva no viene dada, *per se*, por el hecho de que el Ordenamiento procesal de un Estado miembro confiera un tratamiento específico a la ejecución de un Derecho de garantía inmobiliaria. De forma clara tanto en las sentencias Aziz (p.61), Sánchez Morcillo I (p.

---

<sup>524</sup> DÍAZ FRAILE, J. M., «El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013», cit., pp. 19 y ss. Sobre la oposición a la ejecución vid. CASTILLO FELIPE, R., *La oposición a la ejecución por defectos procesales: estudio del Art. 559 LEC*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017,.

<sup>525</sup> QUERZOLA, L., «Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 2, 2001, pp. 517-518.

43) y Kušionová (pp. 62-66) ofrece una característica que determinar la aplicación final del principio de efectividad: que el bien ejecutado sea la vivienda familiar de un consumidor (incluido dentro del ámbito aplicativo de la Directiva 93/13).

Es así que la interpretación del TJUE en este sentido se manifiesta clara: si el objeto del proceso tramitado ante el tribunal nacional correspondiente se trata de la vivienda familiar de un consumidor entonces la interpretación del principio de efectividad a la luz de los textos europeos de Derechos fundamentales (y en particular los arts. 7 del CDFUE y 8 del CEDH) deben conllevar que la legislación procesal pueda permitir adoptar cualquier tipo de medida cautelar en el proceso ejecutivo, y en particular la suspensión o cualquiera que contrarreste necesariamente dicho proceso ejecutivo siempre que el consumidor alegue la ilicitud o no conformidad del título al Derecho de la Unión Europea.

Aun así siguen existiendo aparentes barreras procesales que impedirían la libre adopción de medidas en el Derecho procesal español. En concreto el artículo 697 de la LEC española establece que “*Fuera de los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se suspenderán por prejudicialidad penal...*”, restringiendo extraordinariamente la posibilidad de adoptar una medida cautelar de naturaleza suspensiva en el proceso de ejecución hipotecaria. Un sector de la doctrina ha entendido que una medida que aseguraría la eficacia del proceso declarativo en el que se pidiese la nulidad de la hipoteca sería la anotación preventiva de la demanda, en tanto que permitiría al acreedor hipotecario iniciar el proceso de ejecución hipotecaria y la publicidad registral implicaría la eficacia frente a terceros adquirentes del inmueble tras la subasta<sup>526</sup>. Aun así, aunque se garantice el retorno de la vivienda en caso de que se estimen favorables las pretensiones del deudor-consumidor, habría que ver hasta qué punto quedaría afectado el Derecho al respeto al domicilio con esta medida si el bien ejecutado se trata de vivienda familiar.

## **§6. LA AUTONOMÍA PROCESAL Y EL PROCESO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. LA ADECUACIÓN DEL PROCESO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN.**

---

<sup>526</sup> DÍAZ FRAILE, J. M., «El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013», cit., p. 17 y ss., PÉREZ DAUDÍ, V., «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo», cit., edición digital, y PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., p. 167.

El Tribunal de Justicia, en la determinación de la extensión del principio de efectividad no siempre ha procedido a cuestionar la reglamentación completa del proceso español de ejecución hipotecaria.

La autonomía procesal del Reino de España en el ejercicio de su soberanía procesal es un factor de referencia hasta el punto de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha exigido dos requisitos fundamentales para la aplicación del principio de efectividad al caso concreto: (i) que la normativa procesal nacional limite las facultades o potestades del órgano jurisdiccional en el ámbito de sus competencias hasta el punto de impedirle la aplicación del Derecho sustantivo de la unión y (ii) que en asunto del que derive dicha limitación exista una clara vinculación en el objeto del debate entre la normativa procesal nacional y el presunto Derecho europeo vulnerado.

Una buena síntesis de estas bases se resume en el fallo del Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 17 de marzo de 2016, caso Ibercaja Banco, asunto C-613/15. Por un lado los arts. 3-1 y 4-1 de la Directiva 93/13 (que establecen los criterios para determinar el carácter abusivo de la cláusula contractual) no permiten que el Derecho nacional de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo referente a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional. Por otro, que los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva exigen que el Derecho nacional no impida que el juez deje sin aplicación la cláusula en caso de que aprecie que es abusiva, en el sentido del art. 3-1. Tal jurisprudencia puede entenderse como complementaria de la ya comentada Sentencia Banco Primus, en relación a las circunstancias limitadoras del conocimiento del juez nacional.

Como hemos destacado, la obstaculización de la norma nacional debe valorarse bien teniendo en cuenta el lugar que ocupa la disposición concreta en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades del mismo ante las diversas instancias nacionales, o bien por la especial protección o toma en consideración de bienes jurídicos amparados en Derechos fundamentales específicos, como ha sido la protección de la vivienda familiar. Este último ha modulado en términos prácticos el reconocimiento de la trasgresión del principio de efectividad.

Por ello se hace necesario revisar los supuestos en los que, enjuiciando normas procesales nacionales que afectan a la ejecución hipotecaria, el Tribunal de Justicia ha primado más la autonomía procesal nacional que el principio de efectividad.

Algunas voces en la doctrina internacional y nacional han denunciado que el proceso español de ejecución hipotecaria se revela insuficiente para enfrentar eventos imprevistos en el mercado que pueden alterar la capacidad financiera del consumidor (y por extensión, de la protección que le ofrece el Ordenamiento comunitario)<sup>527</sup>. De este

---

<sup>527</sup> DOMURATH, I., «Mortgage Debt and the Social Function of Contract», cit., p. 771. Las respuestas legislativas como el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo que aprueba el Código de Buenas Prácticas o el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, que suspendía los lanzamientos de vivienda habitual por dos años se revelaron medidas legislativas paliativas

modo, la alteración de la capacidad y medios de defensa procesales de las partes para cumplir sus obligaciones contractuales, unido al riesgo de que ocurra un evento adverso externo durante la duración del contrato (y cuya responsabilidad recaería sobre el consumidor) se han criticado en el sentido de que la legislación procesal hipotecaria española, así como el Derecho hipotecario de la Unión Europea no cumplirían totalmente su función social<sup>528</sup>. Pero hay que comprobar hasta qué punto el derecho procesal español *de lege data* contravendría el europeo en estos extremos<sup>529</sup>.

Y es que la jurisprudencia que en el presente epígrafe vamos a analizar responde a una cuestión de especial importancia del proceso español de ejecución hipotecaria: Más allá del examen de adecuación al Derecho europeo de consumo y del control de cláusulas abusivas, ¿existe un problema de compatibilidad general entre el proceso español de ejecución hipotecaria y el Derecho de la Unión Europea (como en Derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE)? Esta pregunta puede formularse a raíz de casos como la ya analizada Sentencia Sánchez Morcillo I, en cuyo p. 38 el TJUE entiende que el hecho de que un profesional incoe a su instancia un proceso de ejecución contra la vivienda sobre la base de un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva, sin que el contenido de dicho documento ni siquiera haya sido objeto de un examen judicial puede considerarse un “trato privilegiado que se concede al profesional<sup>530</sup>” y que “hace aún más necesario que el consumidor (...) pueda obtener

---

y coyunturales sobre aspectos puntuales del proceso de ejecución hipotecaria, que han resultado insuficientes. Vid. TOMÁS TOMÁS, S., «El deudor persona física en la Ley 25/2015, de 28 de julio, sobre mecanismo de segunda oportunidad: ¿Un nuevo comienzo?», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. DE LOS Á. Y OTROS (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 1044-1045. En esa misma línea, CEDEÑO HERNÁN, M., «La defensa del ejecutado frente a cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria. Crónica de como legislar al compás del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen I*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 738-739, considera que el legislador español ha preferido hacer reformas parciales ante las diferencias entre la legislación española de ejecución hipotecaria y la europea de consumo, y lejos de abordar una reforma en profundidad para garantizar la protección adecuada de los derechos del ejecutado se ha limitado a acometer reformas parciales.

<sup>528</sup> DOMURATH, I., «Mortgage Debt and the Social Function of Contract», cit., p. 767. La misma autora critica que el derecho contractual europeo se revela tradicional y formalista, limitado en lo que respecta a abordar las eventualidades externas del mercado que pueden implicar la espiral de la incapacidad de pago, el sobreendeudamiento, los desalojos forzosos e incluso la falta de vivienda. Por lo tanto propone seguir el modelo de Thomas WILHELMSSON ( WILHELMSSON, T., «Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation», en WILHELMSSON, T. (coord.) *Perspective of Critical Contract Law*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1993, pp. 9–50) según la cual el cambio de circunstancias en el derecho de contratos debe considerarse como una cuestión de equidad (p. 771).

<sup>529</sup> Algunos autores han sostenido que las aplicaciones prácticas sobre la jurisprudencia europea que aplica el principio de efectividad, si bien gozan de indudables implicaciones prácticas, no son aptas para resolver las disfunciones sistémicas del Derecho aplicable al contrato de préstamo hipotecario y su ejecución en España. De este modo serían insuficientes para proporcionar una solución integral con respecto a la situación de los deudores hipotecarios que ostenten la condición de consumidores. Vid. IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis: Aziz v. Catalunyaixa», *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 973-974.

<sup>530</sup> La doctrina española ha criticado (en comentarios anteriores a las reformas legislativas a las reformas operadas con la Ley 1/2013, de 14 de mayo y con la Ley 9/2015, de 25 de mayo) que la escritura de préstamo garantizada con hipoteca tenga un tratamiento de título “superprivilegiado”, cuya fuerza ejecutiva era mayor que la de una sentencia firme aunque tenía menos garantías que la sentencia firme y



una tutela judicial eficaz<sup>7</sup>. De hecho esta resolución, junto con el caso Aziz, aplicó y desarrolló el art. 47 CDFUE como un plus, yendo más allá del mero examen del juicio de efectividad. De hecho voces autorizadas de la doctrina española se han planteado si quizás ha llegado el momento de acometer una posible reforma del procedimiento español de ejecución hipotecaria, con más de un siglo de vigencia, para que esté en una mayor sincronía con los requerimientos de una sociedad moderna y europea<sup>531</sup>.

Respondiendo a la anterior cuestión la doctrina científica ha entendido que, a pesar de tal razonamiento, la jurisprudencia del TJUE sólo alcanza al ámbito de aplicación de la norma que interpreta. Por esta razón el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE debe ir en relación y de la mano con la correspondiente norma de Derecho europeo de consumo (principalmente la Directiva 93/13), sin que por efecto del art. 51 de la propia CDFUE pueda ir más allá. Y por lo tanto el art. 47 del CDFUE no puede justificar, bajo la óptica del Derecho de la Unión Europea, una revisión completa del proceso de ejecución hipotecaria y mucho menos que vaya más allá de la protección del consumidor contra el uso de las cláusulas abusivas<sup>532</sup>. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia que se estudiará en el presente capítulo, al considerar el TJUE inadmisibles las cuestiones prejudiciales planteadas por no entrar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 o la suficiencia de las reformas en materia procesal acometidas por el legislador español.

#### I. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO (Y DE LA UNIÓN EN GENERAL) COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.

De entrada, si las disposiciones legales y reglamentarias nacionales no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho europeo de consumo no es posible aplicar los principios generales que inspiran el Derecho de la Unión. Esta es la

---

además carecía de cosa juzgada material. Vid. MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1226-1227.

<sup>531</sup> GONZÁLEZ MONTES, J. L., «El procedimiento especial de Ejecución Hipotecaria. Últimas reformas», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. D. (coords.) *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 249 y ss. Igualmente otros autores han destacado que, al ser el fundamento del proceso de ejecución hipotecaria española un acuerdo entre las partes del contrato de garantía, y no tenerse en cuenta en la concepción de dicho proceso las relaciones con los consumidores y la contratación en masa, dicho proceso en cuanto a su existencia se fundamentaría en una cláusula abusiva y por ello nula. Por lo tanto dicho proceso no podría ser admitido a trámite por los jueces y sería por extensión nulo. Vid. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «El fundamento «abusivo» del juicio de ejecución hipotecaria», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, vol. 113, 2015, edición digital.

<sup>532</sup> GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, cit., p. 125.

principal conclusión que cabe extraerse de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, caso Barclays Bank, asunto C-280/13.

El litigio principal del que derivó la causa fue una ejecución hipotecaria sustanciada ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Palma de Mallorca. Una vez anunciada la venta en pública subasta del inmueble objeto del proceso, el acto se celebró sin que compareciera ningún licitador. Por lo tanto y de conformidad al art. 671 de la LEC española fue adjudicado entonces al acreedor, la entidad bancaria Barclays, por un importe de 50 % del valor de tasación que las partes habían consignado en la escritura de constitución de la hipoteca. Tras adjudicarse el inmueble a la entidad bancaria acreedora, el producto era insuficiente para cubrir el crédito que los deudores aún seguían teniendo con la entidad bancaria. Por lo tanto la misma entidad pidió, el despacho de la ejecución por la cantidad que faltaba (de conformidad al art. 579-1 de la LEC española).

Dentro del plazo legalmente previsto los deudores formularon oposición al despacho de ejecución. Su principal motivo de alegación fue que, teniendo en cuenta el valor de tasación del bien inmueble había de considerarse que con la adjudicación la deuda se daba por saldada y finiquitada en los importes no cubiertos con el importe de licitación; invocando abuso de derecho y enriquecimiento injusto por parte de la entidad bancaria.

De este modo el Juzgado de Primera instancia planteó cuestiones prejudiciales pidiendo que se dilucidase si la Directiva 93/13 y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual debían interpretarse en el sentido de que se oponen a las disposiciones legales y reglamentarias nacionales españolas. El Derecho interno español preveía, por un lado, que pese a la adjudicación al acreedor hipotecario de un inmueble hipotecado por un valor relativo al 50% del total de la tasación (cuando no comparece ningún tercero como postor) se permitiese al mismo acreedor hipotecario la posibilidad de proseguir la ejecución del título por un importe correspondiente al saldo que resta por pagar (artículos 1911 del Código Civil, que establece la responsabilidad patrimonial universal, así como 570 LEC, relativo a la finalización de la ejecución con la completa satisfacción del acreedor, 579 LEC, sobre el despacho de la ejecución por la cantidad que falte y 671 LEC, sobre la adjudicación al acreedor tras la subasta sin concurrencia de postores). Y por otro lado, la ampliación de las garantías de dicho acreedor en el supuesto de que disminuya en un 20% el valor de tasación del inmueble hipotecado, sin contemplar la posibilidad de que se modificase al alza tal valor de tasación en favor del deudor (en base al art. 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril)<sup>533</sup>.

---

<sup>533</sup> La doctrina ha señalado la responsabilidad de las entidades bancarias en los casos en los que la tasación efectuada no respetase los criterios indicados en la Directiva 2013/36 (derogado por la Directiva 2006/48, que a su vez deroga la Directiva 2000/12), en los casos en los que mediase desproporción entre el valor del inmueble y el préstamo hipotecario concedido superándose los límites para la financiación del derecho europeo. En tales casos, según el criterio doctrinal que citamos, las entidades bancarias serían responsables del préstamo si se declarase su nulidad por la directa contravención al Derecho europeo.

El razonamiento del TJUE parte de la idea de que las cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas se encuentran excluidas del propio ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, en base al art. 1-2 de la misma.

La jurisprudencia citada y precedente, partiendo del principio de no vinculación de las cláusulas abusivas al consumidor del art. 6-1 de la Directiva 93/13 trataba de reemplazar el equilibrio formal establecido en el contrato entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real restitutorio de la igualdad. Tal interpretación del art. 6-1 de la Directiva fue planteado en las sentencias Banco Español de Crédito y Aziz.

Pero a pesar de la marcada tendencia jurisprudencial, el TJUE planteó una diferencia capital entre estos asuntos y el que enjuiciaba, pues tanto en Banco Español de Crédito como en Aziz los litigios pendientes ante los tribunales nacionales remitentes versaban directamente sobre cláusulas contractuales y las cuestiones planteadas se referían a la limitación de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de tales cláusulas (p. 38 de Barclays). En caso Barclays el órgano jurisdiccional remitente no invocó ninguna cláusula contractual que pudiera ser calificada de abusiva. Las cuestiones prejudiciales versan sobre la compatibilidad de disposiciones legales y reglamentarias nacionales con la Directiva 93/13. Pero a pesar de ello ninguna de las disposiciones normativas procesales y civiles nacionales controvertidas tenían carácter contractual. Además, a diferencia de los asuntos de Banco Español de Crédito y Aziz, ninguna de las disposiciones nacionales se refería o aludía a la amplitud o limitación de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual (p. 39 de Barclays).

Es así que las disposiciones normativas nacionales objeto de la remisión prejudicial tenían carácter legal o reglamentario, y no se reproducían en el texto del contrato sobre el que versaba el litigio principal. De este modo las disposiciones normativas no se encontraban comprendidas en el ámbito de aplicación la Directiva 93/13 (art. 1-2), pues la norma europea tiene por objeto prohibir las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (p.40 de Barclays).

Una conclusión similar del TJUE respecto a la aplicación del art. 1-2 de la Directiva se plasmó en la Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb, asunto C-92/11. En dicho asunto las partes se pusieron de acuerdo sobre la extensión del ámbito de aplicación de un régimen previsto por el legislador nacional alemán en disposiciones normativas nacionales aplicables sin que su ámbito de aplicación o su alcance hubiesen sido modificados en virtud de una cláusula contractual. En tales supuestos se entendió no alterado el equilibrio contractual establecido por el legislador nacional (apartado 28). Al mediar una disposición legislativa expresa del legislador de la Unión en el art. 1-2 de la Directiva 93/13 se decidió expresamente

---

Vid. RICCIO, A., «Patologie nel mutuo ipotecario», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. DE LOS Á. Y OTROS (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 486-487.

preservar dicho equilibrio. Las disposiciones legales y reglamentarias nacionales cuestionadas en el litigio principal sustanciado ante los tribunales españoles, como en la cuestión prejudicial alemana, se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hubiesen pactado otra cosa. Por lo tanto, y como inspira el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, tales disposiciones se rigen por el artículo 1-2, de la misma Directiva. Por lo tanto, en cualquier caso la propia Directiva no resultaría aplicable (apartado 42 de Barclays).

De este modo, en relación a la regulación de los principios del Derecho europeo de consumo relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual, el TJUE estimó que la Directiva 93/13 tenía por objeto garantizar su observancia eliminando las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, pero que las disposiciones normativas nacionales no se encontraban comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, en tanto que en el proceso nacional en el que se planteó la cuestión prejudicial no se invocó la existencia de cláusula abusiva alguna. Por ello la Directiva 93/13, calificada como *lex specialis* en el asunto, excluía de su ámbito de aplicación los planteamientos del litigio principal (es decir, que la regulación procesal nacional permitiese adjudicarse el inmueble al acreedor por debajo del 50% del valor en que lo había tasado), siendo imposible aplicar los principios generales invocados por disposición expresa del art. 1-2 de la Directiva 93/13 (p. 44 de Barclays). Por ello se concluyó que la Directiva 93/13 y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que las disposiciones normativas de un Estado miembro se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 cuando no existe una cláusula contractual en el título ejecutivo que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (p. 45 de Barclays).

A priori la doctrina legal del TJUE reflejada en Barclays podría entrar en conflicto con el planteamiento básico de la Sentencia Banco Primus (asunto C-421/14), puesto que en ambas resoluciones se enjuician los efectos de una disposición normativa procesal en la ejecución judicial de un título. La respuesta que da el propio Tribunal es que en la cláusula del caso Banco Primus, declarada contraria a la Directiva 93/13, se fijan las condiciones del vencimiento anticipado de forma que no refleja las disposiciones del Derecho procesal nacional (art. 693-2 LEC). Al prever la cláusula enjuiciada en Banco Primus condiciones para iniciar la ejecución forzosa más perjudicial para el consumidor que las previstas en el propio Derecho procesal nacional (declarándose el vencimiento anticipado y pudiéndose exigir la devolución del capital, de los intereses y de los demás gastos en caso de que se produzca la falta de pago de una mensualidad y no como establece el art. 693-2 LEC, de tres mensualidades); así como la propia formulación de la voluntad de las partes de no limitar el vencimiento a los casos legales del art. 693-2 LEC (p. 69 de Banco Primus). Por todo ello se entendió que, mientras en un caso (Banco Primus) el tratamiento judicial de una cláusula que en su ejecución se encontraba indiscutiblemente relacionada con una disposición normativa de un Estado miembro (en materia de vencimiento anticipado) se encontraba

comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13; en otro caso (Barclays) la ausencia de criterios de inclusión de las disposiciones normativas controvertidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (en el contenido de las cláusulas del título ejecutado) determinaba la imposibilidad de la corrección de las mismas de conformidad al Derecho de la Unión Europea.

Un ejemplo sobre la incidencia del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 a la práctica cotidiana del TJUE ha sido la declarada adecuación de la cesión o compra de créditos frente a un consumidor (problema vinculado a la controversia de las titulaciones hipotecarias en el Derecho español<sup>534</sup>) al Derecho de la Unión con la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, caso Banco Santander II. El procedimiento trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona y el Tribunal Supremo español sobre el derecho a extinguir la deuda hipotecaria por los deudores en base al art. 1535 del Código Civil español, en supuestos de práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor<sup>535</sup>. La cesión del crédito hipotecario se llevaba a cabo en circunstancias que aparentemente eran perjudiciales para el consumidor, tales como que la posibilidad de la cesión no está prevista en el contrato de préstamo; que el consumidor no haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento; ni tampoco se le ofrece la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario tal y como establece el propio derecho interno español (retracto de deuda *ex* art. 1535 del Código Civil). Por ello el Juzgado de Primera Instancia planteó cuestión prejudicial planteándose, entre otras cuestiones, si la práctica empresarial de compra de deuda hipotecaria en las condiciones poco favorables para el consumidor que se han señalado era compatible con los principios que se postulan en la Directiva 93/13, y en especial al principio de efectividad.

El TJUE parte de un hecho relevante: ninguna cláusula de los contratos del litigio principal preveía ni regulaba la posibilidad de que la entidad bancaria que constaba como acreedora hipotecaria (Banco Santander) transmitiese a un tercero los créditos que tenía frente a los deudores en el litigio principal. Tampoco preveía el

---

<sup>534</sup> Sobre la problemática de la titulación del préstamo hipotecario en el Derecho español vid. CABRERA MERCADO, R. Y QUESADA LÓPEZ, P. M., «La legitimación activa en los supuestos de titulación hipotecaria: consecuencias en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, vol. 125, 2017.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulación del crédito», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 764, 2017, y LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.; CASASOLA DÍAZ, J. M. Y TORRES CASERO, J. A., *La cesión y titulación del crédito hipotecario. Efectos sobre la ejecución*, Barcelona, Bosch, 2017., Sobre la subrogación del acreedor hipotecario en el Derecho romano vid. GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M., «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», *Anuario de historia del derecho español*, vol. 29, 1959, p. 315.

<sup>535</sup> Preceptúa el art. 1535 del Código Civil español que “Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho”. Tal y como se denunció en el litigio principal y en la cuestión prejudicial tramitada ante el TJUE, el problema radica en el hecho de que en casos de cesión del crédito hipotecario no se cumplía este derecho, que ofrece al deudor la posibilidad de un retracto por el precio pagado.

derecho de estos últimos a extinguir la deuda mediante la compra de los créditos al tercero (tal y como establecía el Derecho civil español). En cualquier caso, a juicio del TJUE tal transmisión de créditos se llevó a cabo con fundamento en las disposiciones pertinentes del Código Civil (si bien y como especificaron los deudores hipotecarios en el litigio principal, con omisión a la norma del art. 1535 del Código Civil). Bajo este planteamiento, el TJUE entendió que no existía ninguna cláusula contractual. Y esto sirvió de base para declarar, con carácter general, la Directiva 93/13 no se aplica a los supuestos que quedan fuera de su ámbito, incluyéndose las prácticas empresariales de cesión y compra de créditos hipotecarios o compra de deuda de un consumidor (pp. 40-41 de Banco Santander II).

El juzgado remitente se cuestionó si la normativa española que regulaba la transmisión de créditos (art. 1535 CC) incluso en procesos judiciales en curso (arts. 17 y 540 LEC) garantizaba una protección suficientes de los derechos de los consumidores. El propio TJUE, tal y como había declarado anteriormente en la Sentencia Barclays, aplicó el art. 1-2 de la Directiva 93/13 sobre la base de que las cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas no se encuentran sometidas a las disposiciones de la Directiva (p. 42 de Banco Santander II).

Calificando el contenido de la norma examinada, el TJUE consideró que el art. 1535 LEC era una norma imperativa, pero que no se refería a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual (y por lo tanto, no constituía un obstáculo para el mismo). Igualmente al TJUE no le pareció que el citado precepto legal estuviese relacionado con el control de las cláusulas abusivas (p. 45 de Banco Santander II). No obstante, si bien el citado artículo no establece un control directo sí que establece una garantía beneficiosa para el consumidor, que la práctica empresarial tiende a ignorar.

En cualquier caso, se interpretó que la Directiva 93/13 no era aplicable a la práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor. Igualmente, quedaba fuera del alcance de la misma las diferentes disposiciones nacionales (art. 1535 del Código Civil y arts. 17 y 540 LEC) que regulaban la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso (p. 47 de Banco Santander II). Y todo ello a pesar de que la posibilidad de tal cesión no estuviese prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que dicho consumidor hubiese tenido conocimiento previo de la cesión, sin que tampoco hubiese dado su consentimiento; ni tampoco aunque se le hubiese ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario (circunstancia esta última prevista en el propio Derecho nacional español). Con independencia de que alguna de estas cuestiones puedan interpretarse o no como un incumplimiento de Derecho interno español sustantivo o procesal, no tendría mayor debate bajo el paraguas del Derecho europeo de consumo.

De los casos comentados se extrae una idea que, aun pareciendo esencial, puede llegar a modular la intervención del Tribunal de Justicia en diversos escenarios: si una

disposición normativa de Derecho procesal nacional perteneciente al Ordenamiento de un Estado miembro no se inmiscuye ni trasgrede en el ámbito de aplicación de una disposición normativa de Derecho europeo, no obstaculizará la aplicación del mismo y por lo tanto la afección al principio de efectividad será inexistente. En tal caso, los Estados miembros, haciendo uso de las más absolutas y amplias facultades que confiere el principio de autonomía procesal, podrá regular los procesos judiciales bajo su propio arbitrio y a pesar de su dureza o aparente vulneración o contradicción con el Derecho de la Unión.

## II. LA NECESARIA RELACIÓN ENTRE LA DISPOSICIÓN PROCESAL NACIONAL Y EL DERECHO DE LA UNIÓN.

Delimitado el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión como presupuesto para la apreciación de la posible conculcación de la norma nacional al principio de efectividad, la jurisprudencia del TJUE esboza otro requisito relacionado aunque con particularidades propias: que la disposición nacional tenga alguna relación con el Derecho europeo.

Tal cuestión es planteada en el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 23 de febrero de 2016, caso Garzón Ramos y Ramos Martín, asunto C-380/15.

El planteamiento del caso resulta de vital importancia para entender la pretensión del órgano jurisdiccional remitente para con el Tribunal de Justicia. Un matrimonio español, promotor ante el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, adquirió una vivienda a un promotor inmobiliario. Para financiar la construcción de la vivienda, la empresa promotora inmobiliaria contrajo un préstamo garantizado con hipoteca sobre el inmueble de la vivienda con la entidad bancaria Caja Duero. El matrimonio español abonó a la promotora inmobiliaria el precio pactado por la compra de la vivienda y ocuparon el inmueble. No obstante, el matrimonio no elevó a escritura pública el contrato privado de compraventa celebrado con la promotora ni tampoco se subrogaron en los derechos y obligaciones del promotor inmobiliario en la parte de la hipoteca que afectaba a su vivienda. La empresa promotora, en lugar de regularizar dicha situación, contrató en años posteriores al pago del precio de la vivienda por parte del matrimonio un segundo contrato de préstamo garantizado con hipoteca con Caja Duero, más amplio que la hipoteca inicial. Ante el impago de la empresa promotora del préstamo garantizado con hipoteca que ella misma había contratado, la entidad bancaria Caja Duero inició un procedimiento de ejecución

hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Palma de Mallorca, adjudicándose a Caja Duero el inmueble sobre el que estaba constituida la hipoteca.

En este escenario el matrimonio inició ante el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Palma de Mallorca, como juez competente para conocer el fondo del asunto, un procedimiento declarativo ordinario destinado a obtener la nulidad de los dos contratos de préstamo garantizado con hipoteca entre las empresas promotora y bancaria. Paralelamente a los juicios sobre el fondo respecto a la nulidad de los préstamos el matrimonio presentó igualmente ante el juez de la ejecución, el Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Palma de Mallorca, una solicitud de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria al amparo del art. 43 LEC, alegando la existencia de prejudicialidad civil en relación con la demanda de fondo. El matrimonio igualmente solicitó ante el juez de fondo que conocía la nulidad de las hipotecas, el dictado de medidas cautelares por las que se suspendiera el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que la resolución que se adoptara sobre la demanda de fondo adquiriera firmeza.

El juzgado de fondo desestimó la solicitud de medidas cautelares suspensivas del procedimiento de ejecución hipotecaria. Contra el auto desestimatorio de medidas cautelares interpusieron recurso contra la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, que sería el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial. El tribunal partía de la base de que el art. 698-1 de la LEC española no permite que el juez del fondo que conoce de un procedimiento ordinario por nulidad de un título ejecutivo pueda suspender cautelarmente el procedimiento de ejecución hipotecaria basado en ese mismo título.

A pesar de ello la Audiencia de las Islas Baleares dudó de que la regulación procesal establecida por en el art. 698-1 LEC fuese compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 47 CDFUE, en conexión con la interpretación ofrecida en Sánchez Morcillo I. En tal sentido, tomaba en consideración que la jurisprudencia europea obligaba a los órganos jurisdiccionales nacionales a adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar la tutela efectiva de los derechos reconocidos en el Derecho de la Unión, especialmente el ámbito del Derecho de consumo, y que en la referida resolución se sanciona el hecho de que la regulación nacional prohíba al juez del fondo, competente para examinar el carácter abusivo de una cláusula contractual, suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Por ello la Audiencia de las Islas Baleares planteó dos cuestiones prejudiciales: por un lado si el art. 698-1 LEC es compatible con el principio de tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE ya que impide al juez de fondo que conoce la nulidad sobre el título ejecutivo, en cualquier caso, suspender cautelarmente el procedimiento de ejecución hipotecaria basado en el mismo título reputado nulo; y si era trasladable a tal caso la doctrina del TJUE, y en particular la establecida en la Sentencia Sánchez Morcillo I.

Sorprendentemente y rompiendo con su jurisprudencia, el TJUE se declara manifiestamente incompetente para responder a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia de Islas Baleares.



Como premisa inicial, el TJUE afirmó que únicamente podía interpretar el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión Europea, dada la jurisprudencia de los Autos de la Sala Sexta de 22 de junio de 2011, caso *Vino*, C-161/11, p. 25, y de la Sala Novena de 7 de mayo de 2015, caso *Văraru*, C-496/14, p. 16.

Así, cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el TJUE adolecería de competencia para conocer de la misma, y según el parecer del tribunal las disposiciones de la CDFUE eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia (Autos *Balázs y Papp*, C-45/14, p. 23, y *Văraru*, p. 18). En tal sentido el art. 51-2 CDFUE establece que los Derechos de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias ni las misiones de la Unión tal como se configuran en los Tratados, y el párrafo primero de dicho art. 51 establece que las disposiciones de la Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (se entiende que, entre otros medios y en relación al caso que analizamos, por medio de la legislación).

En el caso *Garzón Ramos* se hizo constar (p. 26) que, a juicio del Tribunal el litigio principal se refería a la aplicación de una disposición procesal española (art. 43 en relación con el art. 698-1, ambos de la LEC) que no permitía que el juez del fondo que conociese de un procedimiento ordinario por nulidad de un título ejecutivo suspendiese provisionalmente un procedimiento de ejecución hipotecaria basado en ese mismo título, y que dicho litigio no presentaba relación alguna con el Derecho de la Unión.

El auto de remisión no contenía ningún dato que permitiese considerar que el objeto del litigio principal se refería a la interpretación o a la aplicación de una norma del Derecho de la Unión diferente de las recogidas en la CDFUE (Autos *Stylinart*, de 11 de diciembre de 2014, asunto C-282/14, p. 20, y de 5 de febrero de 2015, caso *Petrus*, asunto C-451/14, p. 19).

En otro orden de ideas, y como constató el TJUE en el p. 27 *in fine* de *Garzón Ramos* el auto de remisión tampoco acreditaba que el procedimiento principal (proceso de declaración de nulidad de los préstamos hipotecarios) se refiriese o se invocase una disposición nacional que aplicase el Derecho de la Unión, en el sentido del art. 51-1, de la CDFUE (Auto de la Sala Novena de 15 de abril de 2015, caso *Burzio*, asunto C-497/14, p. 29). Por todo ello el TJUE se declaró manifiestamente incompetente.

La conclusión es clara: si se plantea que una disposición procesal nacional puede constituir una barrera para la aplicación del Derecho de la Unión, debe existir necesariamente una correspondiente relación entre dicha norma procesal nacional y el Derecho europeo. Bien porque dicha norma no permita la aplicación directa de la norma europea, o porque no permita debatirse en el seno del procedimiento nacional una norma que aplique el Derecho de la Unión. Por muy desafortunados que sean los efectos para una persona que tenga la condición de consumidora, si no se cumple tal premisa no

se atacaría el principio de efectividad, y no puede invocarse la conculcación de los Derechos fundamentales contenidos en la CDFUE si no van de la mano de una disposición nacional que aplique el Derecho de la Unión.

Ahora bien, desde nuestra posición entendemos que el Tribunal de Justicia todavía no se ha pronunciado sobre la adecuación al Derecho de la Unión del art. 698-1 LEC. En el caso Garzón Ramos no existía o no se hizo constar por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares como órgano jurisdiccional remitente ninguna relación entre lo debatido entre el juicio de fondo y el ejecutivo hipotecario y el Derecho de la Unión. No obstante, en cualquier caso se inadmite la cuestión sin pronunciarse sobre el fondo de la adecuación del art. 698-1 LEC. Dicho precepto constituye una de las más evidentes barreras procesales existentes en el proceso español de ejecución hipotecaria desde las últimas reformas, pues remite cualquier reclamación a un proceso declarativo ordinario fuera de la ejecución, quedando el declarativo inhabilitado para producir el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento.

Esto provoca que, en el caso de que se plantee por un consumidor la impugnación de una cláusula de conformidad a lo establecido en la Directiva 93/13 - englobándose cualquier tipo de reclamación en el tenor del art. 698-1 LEC-, no podría acordarse en base al Derecho procesal interno español. Incluso como medida cautelar del proceso declarativo (como realizaron las partes del Auto Garzón Ramos), aún pudiendo pretenderse como pretensión procesal correspondiente (por la vía del proceso declarativo, cuestión prejudicial o medida cautelar) la suspensión de la eficacia ejecutiva del título por la contravención con la Directiva 93/13 el juez nacional no podría decretar tal medida a tenor de lo dispuesto en el Derecho interno español.

Por lo tanto entendemos que, si bien se exige la correspondiente relación entre la disposición normativa nacional y el Derecho de la Unión, el caso planteado en el Auto Garzón Ramos no excluye la posibilidad de que el TJUE interprete la conformidad o no del art. 698-1 LEC al Derecho europeo.

### III. LA AUSENCIA DE IMPEDIMENTO DE LA NORMA PROCESAL AL JUEZ NACIONAL PARA APLICAR EL DERECHO DE LA UNIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS. LA NECESARIA *EQUITATIVIDAD* COMO CRITERIO DELIMITADOR.

Si la norma procesal sometida a valoración del Tribunal de Justicia no constituye impedimento alguno para que el juez nacional, en el ejercicio de sus competencias, pueda aplicar el Derecho de la Unión (excluyendo la aplicación de una cláusula abusiva, por ejemplo), el Estado miembro gozará igualmente de autonomía procesal. Todo ello

aunque la norma procesal continente del trámite específico pudiese arrojar dudas sobre las consecuencias de la aplicación del Derecho europeo.

Tal consecuencia se obtiene de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de enero de 2015, caso Unicaja Banco y Caixabank, asunto C-482/13. A raíz de este caso puede comprobarse cómo incluso la cuestión de la determinación de si la norma procesal específica constituye un impedimento para la aplicación del Derecho de la Unión puede tornarse en un debate complejo y de difícil determinación, lo que obliga a su perfilado caso por caso. Es así que el impedimento o barrera puede ser evidente y manifiesto (como ocurre en el caso Aziz en el que la normativa nacional directamente no permite alegar el Derecho de la Unión en el proceso nacional). Pero otras veces puede llegar a ser más enmarañado y sofisticado, de tal manera que se precisan criterios complejos para la determinación de la existencia o no de impedimentos.

Como resultado de aplicar, en la cantidad reclamada de diferentes procedimientos de ejecución hipotecaria instados por las comentadas entidades financieras, unos tipos en el devengo de intereses considerado como abusivo, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena decidió suspender los referidos procedimientos y plantear cuestión prejudicial.

En concreto, la cláusula se trataba del devengo de tipos de interés de demora y de la aplicación de esos tipos de interés al capital cuyo vencimiento anticipado es consecuencia del retraso en el pago por los deudores. Los intereses moratorios calculados oscilaban en el caso de referencia al tipo entre el 18% y el 25% del nominal anual. Tal cláusula contravenía lo dispuesto en el art. 3-2 de la Ley 1/2013, modificador del art. 114 de la Ley Hipotecaria, según el cual y para la garantía de hipotecas constituidas para la adquisición de la vivienda habitual los intereses de demora del préstamo no podían ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podían devengarse sobre el principal pendiente de pago. Tal limitación en materia de intereses de demora en hipoteca sobre vivienda habitual era aplicable, en base a la Disposición Transitoria 2ª de la misma Ley 1/2013, constituidos antes y después de la entrada en vigor de la Ley, o devengados con posterioridad a la misma Ley. Como disposición expresa (párrafo 3º de la DT 2ª), si en el procedimiento de ejecución en el que se calculaban intereses se había iniciado pero no concluido a la entrada en vigor de la Ley, el Secretario judicial o el Notario debía dar al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculase aquella cantidad conforme a lo dispuesto en la limitación legal.

Así el órgano jurisdiccional español se planteó el posible carácter abusivo, en el sentido del artículo 3-1 de la Directiva 93/13, de las cláusulas relativas a los tipos de interés de demora aplicados en las ejecuciones sustanciadas y de la aplicación de esos tipos de interés al capital cuyo vencimiento anticipado era consecuencia del retraso en el pago. Dentro de la declaración de abusividad de tales cláusulas, el Juzgado de Primera Instancia de Marchena albergó dudas sobre las consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas de intereses moratorios a la luz de la referida DT 2ª de la Ley 1/2013. Si las

cláusulas de intereses de demora eran calificadas como abusivas y debía aplicarse la regulación de dicha disposición transitoria (y en concreto de su párrafo tercero), el órgano jurisdiccional debería ordenar al ejecutante que se recalcularan los intereses de demora.

La respuesta de la regulación española, cual era dar un plazo para ordenar el recálculo de intereses al ejecutante y continuar la ejecución, fue cuestionada por el órgano judicial español conforme al Derecho europeo. Tal era así que en puridad podría interpretarse como limitador de las facultades del órgano jurisdiccional para asegurar la no vinculación de cláusulas abusivas en el sentido que establece el art. 6-1 de la Directiva 93/13. En ese sentido el órgano jurisdiccional debería proceder a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante, mientras que la DT 2º de la Ley 1/2013 le orientaba a moderar la cláusula de intereses dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses. Tal tratamiento de la legislación española fue interpretada por el órgano jurisdiccional remitente como una limitación a la protección del interés del consumidor, al imponerse al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en el vicio abusividad, manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma. Todo ello contravendría el art. 6-1 de la Directiva 93/13 y el principio de efectividad al evitar la aplicación de la declaración nulidad y no vinculación sobre las cláusulas de interés de demora abusivas. En tales términos y ante tal cuestionamiento se planteó la cuestión prejudicial.

Sintetizando la problemática, el Juzgado de Primera Instancia remitente se plantea si, al predisponer la legislación española los efectos específicos que debe atribuir y decretar el órgano jurisdiccional ante la existencia de una cláusula abusiva concreta contenida en el título que se pretende ejecutar, estaría limitando el margen de actuación que le sería exigible en base al principio de no vinculación de las cláusulas abusivas del art. 6-1 de la Directiva 93/13. Esta limitación de facultades del Derecho transitorio español reflejado en la Ley 1/2013 podría *a priori* entenderse como un impedimento de la norma nacional para aplicar el Derecho europeo.

No es este el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A juicio del más alto juzgador europeo, en la medida en que la DT 2º de la Ley 1/2013 no establece ningún impedimento ni limitación expresa para que el juez nacional español pueda -ante la existencia de una cláusula abusiva- ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opondría a la aplicación de tal disposición normativa nacional (p. 39 de Unicaja).

Para ello el TJUE parte de las consecuencias que los tribunales nacionales deben extraer de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual. El tenor del art. 6-1 de la Directiva 93/13 obligaría a los órganos jurisdiccionales únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual que se considere abusiva para evitar que no produzca efectos vinculantes para el consumidor. Pero tal inaplicación no faculta a los

órganos jurisdiccionales para modificar el contenido de la cláusula, pues el contrato debe subsistir sin más modificaciones que la supresión de la cláusula en la medida que dicho contrato pueda mantenerse en virtud del Derecho interno del Estado miembro correspondiente. Tal conclusión se obtendría de la ya comentada sentencia Banco Español de Crédito (C-618/10, p. 65) y la Sentencia de la Sala Primera de 30 de mayo de 2013, caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, asunto C-488/11 (pp. 57-59). En el último caso se constató que no podía interpretarse que un juez nacional, al apreciar el carácter abusivo de una cláusula penal, podía reducir el importe de la cláusula penal en lugar de excluir plenamente la aplicación de la cláusula.

En tales casos la facultad modificadora de las cláusulas por el juez nacional es señalada como contraria a la obligación de los Estados de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos del art. 7-1 de la Directiva 93/13, en tanto que dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce el efecto de no vinculación de la Directiva sobre los profesionales. Si la cláusula abusiva puede ser aplicada, aún parcialmente, a juicio del TJUE los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al plantearse que, aun cuando llegase a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuese necesario. Tal conclusión se desprende de las sentencias Banco Español de Crédito (p. 68) y la resolución de la Sala Cuarta de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13 (p. 79). Por ello en el margen legislativo de los Estados miembros, el hecho de posibilitar a los órganos jurisdiccionales la facultad de modificar una cláusula ya declarada abusiva e integrar el contrato supondría una contravención a lo dispuesto en el art. 6-1 de la Directiva 93/13.

La facultad de modificar la cláusula abusiva supondría un impedimento para la plena aplicación del Derecho de la Unión por parte del juez nacional. Aunque en realidad dicha posibilidad supone en sí misma una ampliación de las competencias del órgano jurisdiccional nacional para extender o controlar los efectos de la declaración de abusividad bajo diversos criterios, lo sería en un sentido prohibido por el art. 6-1 de la Directiva 93/13 al ir contra su propio espíritu de no vinculación y protección del consumidor, pues limitaría los efectos potenciales de la declaración de abusividad. El hecho de que el juez nacional pueda modificar una cláusula declarada abusiva implica que puede conllevar una consecuencia negativa, aunque sea mínima, para el propio consumidor.

Aun así en el margen de actuación que ofrece el Derecho de la Unión al juez nacional en sus facultades ante la existencia de cláusulas abusivas no constituye una respuesta rígida ni absoluta por parte de la Directiva 93/13. Así, la jurisprudencia europea igualmente ha reconocido al juez nacional la posibilidad de sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que tal sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6-1 de la Directiva 93/13 (no vinculación de la cláusula abusiva pero admitiendo la supervivencia del contrato si es posible) y permita restablecer el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes. Esta posibilidad, por su carácter supletorio, se limitaría a los supuestos en los que la

declaración de la nulidad de la cláusula obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad (Sentencia Kásler y Káslerné Rábai, pp. 82-84).

En el caso Unicaja, el TJUE admitió que la DT 2º de la Ley 1/2013, al obligar a recalcular los intereses de demora para ajustarse al tipo máximo legal de todos los procedimientos de ejecución hipotecaria, no prejuzgaba la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de la cláusula por la que se establecen intereses de demora. Al comprender en el ámbito de aplicación del a DT 2º a cualquier contrato de préstamo hipotecario, fuese o no suscrito en el marco de una relación profesional-consumidor, no coincidía *stricto sensu* con el ámbito de la propia Directiva 93/13 (p. 36 de Unicaja) ni prejuzgaría la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de la cláusula por la que se establecen intereses de demora.

Dicho de otro modo: la norma española establece una medida legislativa, de efectos procesales y de indudable beneficio para el consumidor, pero no ideada en exclusiva para el mismo. Puede pensarse en el ejemplo de que se rebaje el interés moratorio al máximo de tres veces el interés del dinero del art. 3-2 de la Ley 1/2013 sin que la cláusula sea considerada abusiva (al ser vivienda habitual pero no haber ostentado el adquirente condición de consumidor en el momento de la constitución de la hipoteca), y por otro lado que un consumidor declare la nulidad por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, con las consecuencias consiguientes (exclusión de la cláusula del contrato con la consiguiente inexigibilidad o la sustitución por una disposición supletoria de Derecho nacional antes comentada si se corre el riesgo de anulación total del contrato).

Por ello, y puesto que la DT 2º de la Ley 1/2013 no impide ni establece barreras para que el juez nacional pueda ejercer sus competencias ante la existencia de una cláusula de vencimiento anticipado, declararla abusiva y excluir su aplicación, no se limitaría la efectividad del art. 6-1 de la Directiva 93/13 mediante la aplicación de la disposición normativa nacional estudiada (p. 39 de Unicaja).

Cuando el órgano jurisdiccional nacional español debe examinar una cláusula de intereses de demora para calculados con un tipo inferior al previsto por su propia legislación interna -la DT 2º de la Ley 1/2013 en relación con el art. 3-2 de la misma Ley-, la fijación legal del límite máximo no impide al mismo juez apreciar el eventual carácter abusivo de tal cláusula en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13. Por ello, puede considerarse que el reajuste de un tipo de interés de demora para que sea inferior a tres veces el interés legal del dinero no supone una medida normativa necesariamente equitativa (ni equivalente) a la declaración de nulidad por abusividad en el sentido de la Directiva de consumo (p. 40 de Unicaja). Al no ser una medida moderadora de los efectos de la Directiva es perfectamente compatible. La limitación tampoco es óbice para que el juez nacional, además de aplicar la medida moderadora de Derecho interno español, pueda extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece el tipo de interés todas las consecuencias derivadas de la Directiva 93/13, procediendo a la anulación de dicha cláusula (p. 41 de Unicaja).

Por ello el TJUE concluye que el artículo 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 no se opone a una disposición nacional en base a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria adopta una medida moderadora de una cláusula que potencialmente puede ser abusiva pero no necesariamente lo es (permaneciendo obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero para que el importe no rebase ese límite) siempre que la aplicación de la disposición nacional implique dos medidas: por un lado que la aplicación de la medida moderadora no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de la cláusula; y por otro que no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del art. 3-1 de la Directiva 93/13<sup>536</sup>.

De hecho, en la contestación de las cuestiones prejudiciales segunda y tercera del Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de julio de 2015, asunto C-90/14, caso Banco Grupo Cajatres se contestó que los arts. 3-1, 4-1, 6-1, y 7-1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato al que la Directiva resulta de aplicación debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. La aplicación de disposiciones nacionales que establezcan la reducción de los intereses de demora no pueden hacer prejuzgar por sí solas al juez nacional del carácter abusivo de una cláusula de conformidad al art. 3 de la Directiva 93/13 (pp. 29 y 30 del Auto Grupo Cajatrés).

De este modo puede comprobarse como el Derecho sustantivo o procesal interno de los Estados pueden establecer trámites y atribuir efectos que en sí mismos puedan ser considerados como una barrera o impedimento para la plena aplicación del Derecho de la Unión. Ello, además de la específica contravención del Derecho primario o derivado que corresponda en función del asunto, supondría una merma de la efectividad pregonable al Derecho europeo.

Por ello la Sentencia Unicaja, además de constatar este principio, establece un claro criterio para determinar si la normativa interna puede constituir un impedimento

---

<sup>536</sup> Tal máxima se consolida en la resolución de las cuestiones prejudiciales primera y segunda del ya citado Auto BBVA (asunto C-602/13). Se vuelve a incidir en el ámbito de aplicación de la DT 2º de la Ley 1/2013, extensible a todo contrato de préstamo hipotecario, así como en el art. 4-1 del Real Decreto-ley 6/2012 el cual prevé, en los supuestos de contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria, un límite máximo para los intereses moratorios en circunstancias particulares en el ámbito de aplicación del art. 1108 del Código Civil español (relativo a la incurrencia en mora ante el incumplimiento de la obligación de pago de cantidad de dinero). Al extenderse las dos citadas leyes a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el art. 1108 del CC se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, los dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. Por ello la aplicación de las comentadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios (p. 42 del Auto BBVA), y no impiden que el juez nacional, cuando conozca una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejarla sin efecto. Por ello se interpretó que la Directiva 93/13 no se oponía a la aplicación de tales normas nacionales.

para la aplicación del Derecho de la Unión: que la normativa nacional que se someta al análisis de efectividad sea necesariamente equitativa a la norma del Derecho europeo. No nos referimos, como sucede en el requisito de la equivalencia, a que el procedimiento o normativa nacional sean más ventajosos que los previstos para los Derechos establecidos por la Unión Europea. En tal caso el Derecho interno ofrece dos tratamientos jurídicos diferenciados: uno para el Derecho nacional y otro para el europeo (siendo el tratamiento para el europeo más desventajoso). En el caso de la *necesaria equitatividad* no tiene por qué haber dicho tratamiento diferenciado entre el nacional y el europeo. De hecho se ha considerado que es un presupuesto del principio de efectividad y la integración que trae consigo que las normas procesales nacional sean indistintamente aplicables<sup>537</sup> tanto a los respectivos derechos sustantivos patrios como a los nacidos al abrigo de la Unión. Como ocurre y nos referimos al principio de efectividad, se juzga la adecuación de una norma o conjunto de normas con tratamiento homogéneo, con el defecto de que hacen muy difícil el ejercicio de los derechos europeos ante los tribunales internos.

Por la necesaria equitatividad que declara la jurisprudencia del TJUE en la Sentencia Unicaja entendemos que se refiere a, dentro de la tutela que el Derecho procesal nacional ofrece una situación jurídica determinada (fruto o no de la trasposición de una norma de Derecho secundario) si tal protección coincide en su ámbito de aplicación, presupuestos y consecuencias jurídicas con un derecho regulado en el Derecho comunitario, el Derecho interno deberá garantizar plenamente y en toda su extensión todos los presupuestos y consecuencias jurídicas atribuidas por el Derecho de la Unión. Es decir, si hay coincidencia de situaciones jurídicas entre la norma nacional y la europea, la norma nacional deberá proteger y amparar en toda su extensión lo previsto en la europea en lo que se refiere a la tutela ante los tribunales. De no hacerlo, la normativa nacional estaría acometiendo un cumplimiento defectuoso de lo dispuesto en el Derecho de la Unión que ocasionaría un impedimento del juez nacional para tutelar el Derecho europeo, con la consiguiente quiebra del principio la efectividad.

Cuestión distinta es si la norma de la que se sospecha que puede hacer más difícil el ejercicio del Derecho de la Unión ante los tribunales internos está inspirada en mayor o menor medida por el derecho y principios de la Unión, como ocurre en el caso Unicaja con el art. 3-2 y la DT 2º de la Ley 1/2013. De hecho como el propio preámbulo de la Ley 1/2013 reconoce, las modificaciones legislativas se adoptan como consecuencia de una sentencia del TJUE (caso Aziz) que interpreta la Directiva 93/13, y la limitación del interés de demora es una medida legislativa que, si bien no se ajusta completamente a la referida Directiva, resulta objetivamente más beneficiosa para el consumidor al minorar la cantidad reclamada en sede de ejecución hipotecaria. Pero una cosa es que una norma se inspire en el Derecho de la Unión y otra bien distinta es que suponga una barrera y excluya la posibilidad de que el juez nacional aplique el Derecho comunitario. En el caso de que la norma simplemente se encuentre inspirada, sin que

---

<sup>537</sup> CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali», cit., p. 672.



limite la efectividad del Derecho de la Unión, daría un claro margen de discrecionalidad a la autonomía procesal del Estado miembro.

Destacamos que el TJUE ha marcado una línea jurisprudencial interpretativa muy clara en esta materia, interpretando los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 en el sentido que no se produce oposición con normas nacionales que moderen o reduzcan los intereses de demora en un contrato de préstamo hipotecario, con la condición de que el contenido de la norma *per se* no suponga un perjuicio del carácter abusivo de dicha cláusula y no suponga un impedimento para que el juez pueda dejar sin aplicar la cláusula (lo que supondría la correspondiente y sancionada barrera procesal). Tal constatación, iniciada con la Sentencia Unicaja, se consolidó con los Autos BBVA (p. 1º del fallo) y Banco Grupo Cajatrés (p. 2º del fallo). En síntesis, que la norma no puede prejuzgar el carácter de abusivo de la cláusula (lo que correspondería en exclusiva al margen de apreciación del juez nacional) y que no impida al mismo juez dejar sin aplicación la cláusula a los efectos de la Directiva 93/13<sup>538</sup>.

No en vano, como anteriormente se ha expuesto, la Directiva 93/13 es una norma de mínimos (arts. 8 y 8 bis de la misma). Y por lo tanto los Estados están capacitados para establecer derechos complementarios más ventajosos o amplios que los conferidos en la misma siempre que se garantice un mayor nivel de protección. Lo que no se permite es la intromisión en los derechos conferidos en la misma, ni su desplazamiento, ni que dichos derechos impidan al juez nacional la aplicación o el enjuiciamiento de los mismos. Si no, supondría reconocer al Tribunal de Justicia la potestad de controlar la actividad legislativa de los Estados miembros incluso más allá del ámbito de los actos normativos de la Unión o de sus competencias.

Por ello entendemos que, dentro de la tarea de determinación de la posible existencia de impedimentos que imposibiliten al juez nacional aplicar el Derecho de la Unión la necesaria equitatividad de la norma nacional con el objeto de protección de la norma europea constituye un criterio indispensable. Ello debe implicar la coincidencia de las situaciones jurídicas tuteladas en el Derecho nacional de los Estados miembros y el de la Unión.

#### IV. LA POTESTAD LEGISLATIVA ESTATAL PARA REGULAR EL RECURSO DE APELACIÓN POR CAUSAS DIFERENTES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13. LA AUSENCIA DE RIESGO DEL CONSUMIDOR DE LA PÉRDIDA DE SU VIVIENDA Y LAS FACULTADES DEL JUEZ PARA SUSPENDER UN PROCESO EJECUTIVO EN APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO.

---

<sup>538</sup> GALLEGO DOMÍNGEZ, I., «La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas: la directiva 93/13/CEE y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», cit., p. 34.

El ámbito de aplicación del Derecho de la Unión es un factor decisivo para la determinación de la potestad legislativa estatal. No puede existir vulneración del principio de efectividad en la legislación procesal nacional si esta no ampara o vertebrata un derecho configurado por el legislador comunitario, por muy marcada y direccional que sea la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en una materia determinada.

Esta es una de las conclusiones que pueden extraerse del Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2015, asunto C-539/14, caso Sánchez Morcillo y Abril García (II).

La segunda cuestión deriva del pronunciamiento de la ya comentada Sentencia Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14 (I), planteado por Audiencia Provincial de Castellón. Dado el contenido del fallo el legislador español modificó el art. 695-4 LEC mediante el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre (convalidado mediante Ley 9/2015, de 25 de mayo), para permitir al deudor hipotecario interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución si la oposición se funda en la existencia de una cláusula contractual abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o la cantidad exigible. A pesar de ello, fuera de los casos derivados de la oposición a la ejecución por existencia de cláusula contractual abusiva del título, se mantuvo el criterio de que los autos que decidan la oposición no fuesen susceptibles de recurso alguno (aunque los efectos se circunscribieron exclusivamente al proceso de ejecución en los que se dictan), salvo cuando el auto ordenase el sobreseimiento (como se analizó, tal disposición se configuraba como claramente favorecedora del ejecutante y perjudicial para el ejecutado hipotecario).

Por ello, la Audiencia Provincial de Castellón, como órgano jurisdiccional remitente ante el que se sustanciaba el procedimiento de apelación del que derivó la cuestión Sánchez Morcillo I expuso que la modificación legislativa permitía que los consumidores recurriesen en apelación el auto por el que se desestima la oposición únicamente cuando el juez de primera instancia no acogiese la causa de oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual fundamento del título ejecutivo; pero por el contrario los profesionales podían interponer recurso de apelación contra cualquier resolución que ordenase el sobreseimiento de la ejecución, con independencia de la causa de oposición en la que se basase. Esto provocó que el órgano jurisdiccional siguiese albergando dudas sobre la compatibilidad de esta disposición nacional con el objetivo de protección de los consumidores perseguido por la Directiva 93/13. Tal incompatibilidad entroncaría en relación con el principio de igualdad de armas protegido por el artículo 47 de la CDFUE y los derechos a la ayuda de vivienda y a la vida privada y familiar garantizados por los arts. 34-3, y 7 de la Carta.

En tal sentido la Audiencia de Castellón resolvió plantear nuevamente una cuestión prejudicial, relacionada con la problemática de la que derivó el proceso original: sobre si debería interpretarse el art. 7-1 de la Directiva 93/13 en relación con los arts. 47 (relativo a la tutela judicial efectiva), 34-3 y 7 de la CDFUE, en el sentido de que el conjunto normativo europeo se oponía al art. 695-4, como norma procesal

nacional, que al regular un recurso contra la resolución de la oposición a la ejecución hipotecaria solo permitía recurrir en apelación el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición basada en el carácter abusivo de alguna cláusula. En su conjunto la configuración procesal española, tras la reforma operada con el Real Decreto-ley 11/2014, tenía la inmediata consecuencia de que el ejecutante profesional dispone de más medios de apelación que el consumidor ejecutado (si bien entre los escasos medios se incluye la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición basada en el carácter abusivo de la cláusula).

Mientras que con el principio de equivalencia no se atisbó ningún elemento que pudiese suscitar dudas de la conformidad de la normativa nacional con el Derecho de la Unión (p. 34 de Sánchez Morcillo II), con el principio de efectividad se despertaron más recelos, como viene sucediendo con la práctica judicial habitual del TJUE.

Dada la modificación del art. 695-4 llevada a cabo por el legislador español para adaptar el Ordenamiento procesal a la Sentencia Sánchez Morcillo I, constituyó un hecho incontrovertible que la nueva disposición reconocía efectivamente a los consumidores el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución del juez que conocía de la ejecución cuando la oposición se basa en el carácter abusivo (en el sentido del art. 3 de la Directiva 93/13) de una cláusula contenida en el contrato que constituyese el fundamento del título ejecutivo (p. 39 de Sánchez Morcillo II). Por ello se pasó a permitir al juez que conoce de la ejecución apreciar, antes de la conclusión del procedimiento de ejecución y en el marco de una doble instancia judicial, el carácter abusivo la cláusula contractual y, en tal caso, declarar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Con la nueva regulación procesal española, y como diferencia del escenario planteado en la Sentencia Sánchez Morcillo I, la disposición nacional no expone al consumidor (o a su familia) al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de una venta forzosa derivada de una ejecución sobre la misma. Y tal riesgo hipotético no deriva de la posibilidad de que un juez que conoce del proceso declarativo no se encuentre facultado para suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria; o de que el juez que conozca la ejecución realice un examen sumario de la validez de la cláusula contractual en la que el profesional base su pretensión ejecutiva (circunstancia eventual), según el p. 41 de Sánchez Morcillo II.

El art. 695-4, de la LEC, tras su reforma, si bien reconocía al consumidor el derecho a recurrir en apelación por el carácter abusivo de la cláusula, no permitía interponer recurso de apelación contra el auto desestimatorio de la oposición si dicha resolución se basaba en las otras causas del artículo 695-1 LEC. El órgano jurisdiccional remitente de este modo destacó que la limitación de la posibilidad de recurrir en la legislación española no se extendía al profesional, el cual quedaba facultado para interponer, como acreedor ejecutante, recurso en apelación contra cualquier resolución que ordenase sobreseimiento del procedimiento, con independencia

de cuál sea la causa de oposición en la que se base (p. 42 de Sánchez Morcillo II). Tal circunstancia podía interpretarse como barrera procesal de la legislación española, a pesar de la reforma operada, en perjuicio del consumidor.

No fue reconocido como barrera procesal nacional por el TJUE. En este sentido se recordó que el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 se limita a la protección de los consumidores frente al uso de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con profesionales (p. 43 de Sánchez Morcillo II). Por ello, la problemática de la circunstancia provocadora de que los consumidores no dispongan, en virtud de la normativa nacional interna, del derecho de interponer recurso de apelación basada en causas diferentes de la causa relativa al carácter abusivo de la cláusula contractual es ajena al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, por lo tanto, no puede afectar de forma negativa a la efectividad de la protección del consumidor pretendida por la legislación europea (p. 44 de Sánchez Morcillo II).

A los efectos de la Directiva 93/13 el art. 695-4 LEC, tras su reforma legislativa operada por el Real Decreto-ley 11/2014 constituye una norma nacional que garantiza a los consumidores una acción completa y suficiente. Constituye un medio adecuado y eficaz, a los efectos y en el sentido del art. 7-1 de la misma Directiva, para que cese el uso de cláusulas abusivas contenidas en la escritura de préstamo en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria del bien inmueble sujeto a garantía (p. 45 de Sánchez Morcillo II).

La relación entre la protección jurídica del art. 7-1 de la Directiva 93/13 que se dedujeron de las características del procedimiento y la afección a los derechos fundamentales contenidos en el CDFUE tampoco se constató. El TJUE partió de que el sistema procesal español de ejecución hipotecaria, considerado en su conjunto y como resultaba aplicable en el litigio principal planteado en Sánchez Morcillo II no vulneraba ni el respeto de la vida privada y familiar y del domicilio (art. 7 de la Carta), ni el principio de igualdad de armas, que forma parte integrante del principio de tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta). Por un lado (i), no se exponía al consumidor al riesgo de perder definitiva e irreversiblemente su vivienda como consecuencia de una venta forzosa o ejecución incluso antes de que un tribunal hubiese podido pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual en la que se fundamenta la demanda de ejecución hipotecaria, por lo que el derecho al domicilio no se consideró lesionado. Por otro (ii), el sistema procesal refuerza eficazmente el control judicial al prever que un órgano jurisdiccional de apelación pueda verificar, en el marco de una doble instancia judicial, si el juez que conoce de la ejecución en primera instancia evaluó un análisis correcto la cláusula (p. 47 de Sánchez Morcillo II).

Respecto al principio de igualdad de armas contra el uso de cláusulas abusivas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, se declaró que la reforma del art. 695-4 ofrecía al consumidor una oportunidad razonable y efectiva de ejercitar las acciones judiciales basadas en los derechos reconocidos en dicha Directiva; siendo tal una condición que no coloca al consumidor en una situación de desventaja

manifiesta en relación con el profesional acreedor ejecutante, de forma contraria a como se había comprobado en la Sentencia Sánchez Morcillo I (p. 48 de Sánchez Morcillo).

No vulnerándose el principio de igualdad de armas al ofrecerse al consumidor una oportunidad efectiva y tampoco el derecho al domicilio al desaparecer el riesgo del consumidor de perder su vivienda de forma definitiva por una obstaculización inexistente del Derecho europeo en el procesal nacional, el TJUE tampoco consideró necesario pronunciarse sobre la interpretación del art. 7-1 de la Directiva en relación con el art. 34-3 de la CDFUE. Se interpretó que dicho precepto de la Carta no garantizaba el derecho a la vivienda, sino el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda en el marco de las políticas sociales basadas en el art. 153 TFUE (relativo al apoyo y complemento de la Unión a los Estados miembros en diversos ámbitos, como seguridad social, lucha contra la exclusión social o sistemas de protección social, entre otros), por lo que la interpretación del órgano jurisdiccional remitente no era pertinente de cara a la resolución del litigio (p. 49 de Sánchez Morcillo II).

Por todo ello se interpretó que el art. 7-1 de la Directiva 93/13, en relación con los arts. 7 y 47 de la Carta debían interpretarse en el sentido de que no se oponían a una disposición procesal nacional (art. 695-4 LEC) en virtud de la cual el consumidor, como deudor ejecutado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, podía recurrir en apelación la resolución por la que se desestima la oposición a la ejecución únicamente cuando el juez de primera instancia no hubiese acogido la causa de oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo. Todo ello aunque el profesional ejecutante pueda, de forma opuesta, interponer recurso de apelación contra cualquier resolución que ordene el sobreseimiento de la ejecución, con independencia la causa de oposición en la que se base.

De este modo el Auto Sánchez Morcillo II aclaró y dilucidó el alcance de la Sentencia Sánchez Morcillo I. Una vez que se dé al deudor ejecutado la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el auto desestimatorio de su pretensión por la existencia de cláusulas abusivas en aplicación de la Directiva 93/13, el Derecho procesal español ofrecería al consumidor una oportunidad razonable de ejercitar acciones judiciales basadas en los derechos reconocidos en la Directiva 93/13 en condiciones que no lo colocasen en desventaja en relación con el profesional acreedor ejecutante<sup>539</sup>. Todo ello aunque el resto de motivos para apelar y suspender la sustanciación sigan siendo muy reducidos.

El Tribunal de Justicia establece en Sánchez Morcillo II un criterio claro. El ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 -y en general del Derecho de la Unión Europea- es claro y delimitado. Aunque una legislación procesal nacional aparentemente pueda ir contra el espíritu del Derecho de la Unión (y del Derecho

---

<sup>539</sup> GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, cit., p. 112.

europeo de consumo por extensión) si no se incluye en el ámbito de aplicación de la norma europea no puede vulnerarse la eficacia del Derecho de la Unión. Pero si además no se produce riesgo alguno contra el contenido de los Derechos fundamentales establecidos en la CDFUE en los que el Derecho de la Unión pueda verse medrado en su aplicación práctica entonces desaparecerá todo punto de conexión con la normativa nacional aplicada.

De este modo el Auto Sánchez Morcillo II ayuda a delimitar un criterio para que los Estados miembros puedan desarrollar sus Derechos procesales internos con respeto al Derecho de la Unión: el consumidor tiene que tener la posibilidad de plantear una acción judicial cuyos fundamentos jurídicos principales puedan incluirse en el ámbito de los Derechos subjetivos de la Unión, y específicamente del Derecho europeo de consumo. Y puede, en cierta manera, considerarse un punto a favor de la ya aludida autonomía procesal.

Tal es el caso de la vulneración al principio de igualdad de armas derivado del art. 47 de la CDFUE. No puede presentarse un supuesto más arquetípico que el esbozado en Sánchez Morcillo II: una legislación procesal nacional que, con independencia de su finalidad, atribuye de forma asimétrica mayores motivos para interponer recurso de apelación de una resolución trascendental del procedimiento a una parte concreta, potencialmente generadora de múltiples indefensiones. No obstante, al no afectar a ninguna dimensión del Derecho de la Unión, en nada puede perjudicar a la eficacia de su aplicación. *Roma locuta, causa finita.*

#### V. LA INDEPENDENCIA DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE CONSUMO CON EL PROCESO NACIONAL Y LA POSIBILIDAD DEL CONSUMIDOR DE INVOCAR EFICAZMENTE EL DERECHO EUROPEO EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO. CAMBIO DE CRITERIO DEL TJUE Y CONSECUENCIAS SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.

La deriva hacia lo que denominamos una “aplicación ultraextensiva” del principio de efectividad fue trazada por la Sentencia Banco Español de Crédito (de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10). El Tribunal de Justicia apreció la oposición de la normativa procesal española a la Directiva 93/13 por no permitir al juez nacional, de oficio, declarar el carácter abusivo de una cláusula en el seno de un procedimiento declarativo especial (monitorio) incluso antes del momento procesal que la Ley reservaba al consumidor para contestar las pretensiones del actor (oposición).

La Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 7 de diciembre de 2017, caso Banco Santander, asunto C-598/15, aportó un criterio delimitador innovador en lo que se

refiere a la aplicación del principio de efectividad a las disposiciones procesales nacionales en materia de ejecución hipotecaria: si el procedimiento nacional cuestionado es independiente de la relación jurídica que une al profesional y al consumidor (en el marco de la Directiva 93/13) puede reproducirse lo ya afirmado en referencia al ámbito de aplicación del Derecho europeo de consumo y la necesaria relación que debe mediar entre la normativa nacional y el Derecho de la Unión. Pero si además el consumidor ya tuvo la oportunidad de invocar eficazmente el Derecho europeo en el proceso correspondiente (aún extrajudicial), sin que dicho consumidor hubiese hecho uso de los recursos o cauces legales previstos<sup>540</sup> entonces la corrección de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 resultarían inaplicables en dicho procedimiento nacional.

La cuestión prejudicial derivó de un procedimiento de venta extrajudicial del bien hipotecado ante notario. En la escritura de constitución del préstamo garantizado con hipoteca ejecutado se pactó expresamente la posibilidad de enajenar el inmueble por tal modalidad de ejercicio de la acción hipotecaria contemplada en los arts. 129 de la Ley Hipotecaria española y 234-236-o del Reglamento Hipotecario. De este modo la entidad bancaria inició el procedimiento extrajudicial y lo concluyó adjudicándose la vivienda hipotecada (en diciembre de 2011) y otorgándose escritura notarial de venta de la vivienda a favor de la misma entidad bancaria (en febrero de 2012), de conformidad a la regulación de la venta extrajudicial, y fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

Inscrita la vivienda, la entidad bancaria inició un procedimiento judicial sumario de efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad frente a quienes perturben su ejercicio de conformidad al art. 250-1 7º LEC ante el Juzgado de 1ª Instancia nº1 de Jerez de la Frontera, en el que se solicitó el pronunciamiento de una resolución judicial por la que se ordenase la entrega a la entidad bancaria de la vivienda en cuestión y el lanzamiento de la deudora-consumidora. El TJUE consideró como dato relevante que en el marco de tal procedimiento la deudora no compareció ante el órgano jurisdiccional remitente (p. 25 de Banco Santander).

No obstante el Juzgado de 1ª Instancia albergó dudas sobre la compatibilidad de los procedimientos venta extrajudicial del bien hipotecado ante notario y del sumario destinado a obtener la entrega del bien con la Directiva 93/13, puesto que el juez que conoce de la demanda en el marco del procedimiento del artículo 250-1 7.º LEC no tiene la posibilidad de declarar de oficio ni a instancia de parte el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato de préstamo garantizado por la hipoteca del que derivó la venta extrajudicial previa.

Por ello planteó sendas cuestiones prejudiciales, de cuyo análisis nos detendremos en la primera y la tercera (el resto, relativas a la compatibilidad del art. 129 de la Ley Hipotecaria con la Directiva 93/13 se inadmitieron por la modificación dada por la Ley 1/2013, que abarcaba la ejecución extrajudicial ante notario, por lo que no eran de aplicación por razón del tiempo). La primera cuestión dudaba sobre si era

---

<sup>540</sup> En la versión inglesa de la sentencia se opta por la expresión *legal remedies* en el fallo.

contraria a los arts. 3-1 y 2, 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 y sus fines que un proceso nacional, como el del art. 250-1 7º LEC obligase al juez nacional a dictar una sentencia acordando la entrega de la vivienda ejecutada adjudicada en un proceso de ejecución extrajudicial. Todo ello teniendo en cuenta que en el régimen contenido en los arts. 129 de la Ley Hipotecaria y 234-236-o del Reglamento Hipotecaria aplicables en el momento de la adjudicación de la vivienda y formalización de la compraventa no hubo posibilidad ni de control judicial de oficio de cláusulas abusivas, ni de oposición eficaz del deudor por tal motivo, tanto el seno de la ejecución extrajudicial como en un proceso judicial independiente.

La tercera cuestión prejudicial se cuestionaba si el propósito de los anteriores arts. de la Directiva 93/13 y la obligación que impone a los jueces nacionales de examinar de oficio la abusividad de cláusulas abusivas en contratos con consumidores sin mediar necesidad de que el consumidor lo inste han de interpretarse en el sentido de que permiten al juez nacional, en procesos como el del art. 250-1 7.º LEC o la venta extrajudicial ante notario dejar inaplicado el Derecho nacional cuando no permite ese control judicial de oficio. Tal cuestión se planteó dadas las disposiciones de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE en cuanto a la obligación de los jueces nacionales de controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en litigios sobre contratos con consumidores.

De forma sintética, y como afirma el propio Tribunal en la Banco Santander (p. 33), se plantean dudas sobre el carácter efectivo de la protección concedida por la Directiva 93/13 a los consumidores en los dos procedimientos nacionales planteados de venta extrajudicial ante notario y declarativo de tutela de Derechos inscritos en el Registro de la Propiedad del resultado de dicha venta.

El juez nacional no planteó las cuestiones judiciales de forma caprichosa: ciertamente los presupuestos de hecho coinciden idénticamente con el supuesto legislativo enjuiciado en Banco Español de Crédito. En ambos casos el juzgador europeo está en presencia de una disposición normativa que establece una barrera procesal la cual (en la versión vigente momento de su aplicación) no permitía por un lado al consumidor oponerse a la venta y por otro al juez nacional controlar de oficio la posible existencia de cláusulas abusivas. Cabría esperarse, como ocurrió en la Sentencia Banco Español de Crédito, una interpretación de la Directiva 93/13 en el sentido opositor a los dos procesos nacionales que se planteaban: a la venta extrajudicial (que en el momento de la redacción no contemplaba ni tan siquiera la oposición por existencia de cláusulas abusivas que fundamentasen la ejecutividad del título) y al proceso sumario de tutela de Derechos reales inscritos por no admitir la posibilidad de un control de oficio por el juez nacional.

En lugar de ello el TJUE consideró inaplicables los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 a los procesos enjuiciados. Si bien el TJUE ya se pronunció en el sentido de que en los procedimientos de ejecución de una garantía hipotecaria tramitados ante notario en las legislaciones internas deben permitir los medios adecuados y eficaces



para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores e incluir disposiciones que garanticen la tutela judicial efectiva, ofreciéndoles la posibilidad de impugnar ante los tribunales la validez del contrato incluso en la fase relativa a la ejecución forzosa<sup>541</sup>; en el caso Banco Santander estimó oportuno detenerse en dos aspectos: por un lado (i) las características del procedimiento sustanciado ante el órgano jurisdiccional remitente así como las particularidades del litigio principal (p. 39 de Banco Santander), así como (ii) la actitud del consumidor en tal procedimiento.

De este modo, el objeto del litigio principal en el que se planteó la cuestión prejudicial (del art. 250-1 7º LEC) guardaba relación con la protección de los derechos reales de propiedad adquiridos por la entidad bancaria (ejecutante en el procedimiento extrajudicial) a raíz de una venta por adjudicación en subasta. Tal y como fue planteado por el Juzgado de Primera Instancia parecía considerarse que el procedimiento previsto en los arts. 250 LEC y 41 de la Ley Hipotecaria constituía la continuación del procedimiento extrajudicial de ejecución del préstamo garantizado con hipoteca constituida por la deudora consumidora a favor de la entidad bancaria. De este modo a efectos de la aplicación de la Directiva 93/13 el nexo advertido por el órgano jurisdiccional remitente entre los dos procesos podría permitir obviar la circunstancia de que la garantía hipotecaria había sido ejecutada, y consiguientemente el inmueble vendido y los derechos reales transmitidos (p. 41 de Banco Santander).

Verdaderamente tal interpretación justificaría una intervención del TJUE que vinculase los efectos del primer procedimiento en el segundo, en el sentido de que en conjunto se oponen a los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 cuando la autoridad que conoció del primer proceso carece de competencia para proceder a la apreciación de oficio del carácter abusivo de la cláusula contenida en el contrato a ejecutar. Tal fue el supuesto resuelto en la ya citada Sentencia Finanmadrid, en la que se entendió menoscabada la efectividad de la protección de la Directiva 93/13 el régimen procesal nacional analizado. Tal régimen, como se ha visto, estaba comprendido de dos procesos: por un lado un Decreto dando por terminado el proceso monitorio sin comparecencia del deudor, y por otro el proceso de ejecución de dicho decreto. El Decreto derivado del proceso monitorio fue dictado por un Letrado de la Administración de Justicia, autoridad que al igual que el notario en el caso Banco Santander no ostenta la categoría de órgano jurisdiccional aún asimilados sus efectos. La ejecución se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia. Pero en Finanmadrid se calificó el conjunto del régimen procesal nacional español como no conforme con el principio de efectividad al hacer imposible o excesivamente difícil, en los dos litigios, aplicar la protección de la Directiva 93/13 a los consumidores (p. 54 de Finanmadrid).

A pesar de ello considera que en base a la información que el TJUE disponía de legislación nacional, el objeto de la acción ejercitada consistía en garantizar la protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, con

---

<sup>541</sup> Sentencia caso ESTE Bank Hungary, asunto C-32/14 de 1 de octubre de 2015, p. 59.

independencia del modo en que hubiesen sido adquiridos. Dicho procedimiento tendría lugar con posterioridad a la transmisión de la propiedad de un bien inmueble, iniciado por el nuevo propietario del bien en virtud de su inscripción en el Registro de la Propiedad frente a cualquier persona que se oponga al derecho de propiedad (en el caso particular) o perturbe su ejercicio (pp. 42-43 de Banco Santander). De este modo el litigio principal no se entendió referido al procedimiento de ejecución forzosa de la garantía hipotecaria derivada del contrato de préstamo que vinculaba a la consumidora con la entidad bancaria; sino a la protección del derecho real de la entidad bancaria asociado a la propiedad legalmente adquirida por dicha entidad a raíz de la venta por adjudicación en subasta (p. 44 de Banco Santander).

Por ello aun siendo el propietario del inmueble objeto del litigio el antiguo acreedor hipotecario, cualquier tercero interesado podría adquirir la propiedad de dicho bien y tener interés en iniciar un procedimiento para obtener la entrega del mismo. De este modo el TJUE consideró que el hecho de permitir que el deudor que constituyó una hipoteca formule frente al adquirente del mismo cualquier excepción basada en el contrato de préstamo hipotecario -del cual el adquirente puede no ser parte-, sería una circunstancia que podría afectar a la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya surgidas (p. 45 de Banco Santander).

Y aquí la Sala Quinta del TJUE aprecia una circunstancia propia del proceso declarativo sumario del art. 250-1 7º LEC diferenciada el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados de los arts. 681 y ss. de la LEC: que mientras que en procedimientos de ejecución hipotecaria existe una ausencia de control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en el título fundamento la ejecución (y por lo tanto no puede garantizarse el respeto de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores); en el proceso sumario el título en que se basa la acción ejercitada es un título de propiedad ya inscrito en el Registro de la Propiedad, y no el contrato de préstamo hipotecario establecedor de la garantía cuya ejecución ha sido llevada a término. Por esta razón el TJUE entiende que las disposiciones de la Directiva 93/13 no pueden invocarse eficazmente para que el consumidor pueda oponerse al reconocimiento y la protección de los derechos reales del propietario del bien, aunque previamente hubiese habido una relación de préstamo garantizado con hipoteca como en el caso estudiado (Banco Santander, pp. 46-47).

Siendo una de las finalidades de la Directiva 93/13 garantizar la protección de los consumidores -entre otros contextos en la vía jurisdiccional interna de los Estados miembros- hasta el nivel de imponer al juez nacional el deber de examinar de oficio el carácter abusivo las cláusulas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva; no cabría la invocación de las disposiciones de la Directiva cuando no existe ningún indicio de la posible presencia de una cláusula potencialmente abusiva en el contrato de préstamo hipotecario en su ejecución (Banco Santander, pp. 46-47).

Expuesto el primer motivo del Tribunal de Justicia destacamos que lo entendemos impreciso. Con independencia de la naturaleza declarativa del proceso

principal instado en el caso Banco Santander, no pueden distinguirse los efectos del proceso extrajudicial de ejecución hipotecaria del judicial respecto de la transmisión de la propiedad. En ambos casos la adjudicación del bien, tras la subasta, constituye el título para inscribir la propiedad del bien. El art. 236-1 del Reglamento Hipotecario establece que la escritura de adjudicación resultante de la venta extrajudicial será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. A su vez el art. 673 LEC establece que será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Letrado de la Administración de Justicia, del decreto de adjudicación derivado de la subasta. Por lo tanto resulta incorrecto el criterio del TJUE que parece apuntar a la idea de que en la venta extrajudicial la acción ejercitada no es la que deriva del contrato de préstamo garantizado por hipoteca.

Otro argumento empleado por el TJUE es que plantear excepciones por el antiguo deudor hipotecario podría afectar a la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad. Bajo tal razonamiento la mera intervención del TJUE ya ha supuesto una afeción a la seguridad jurídica y la relaciones de propiedad en los supuestos en los que el procedimiento judicial principal de remisión ha sido de ejecución hipotecaria y se ha adjudicado el inmueble: en el caso *Aziz* (p. 26), o en *Banco Primus* (p. 18). De hecho en el caso *Aziz* se puso de relieve que la adjudicación del bien siempre tiene carácter irreversible (p. 57), y aún así entró a valorar el detrimento del principio de efectividad.

De hecho, tanto en la adjudicación del proceso de ejecución hipotecaria como en el declarativo sumario de derechos reales inscritos el efecto final es el mismo: el lanzamiento del inmueble, bien por la vía de la puesta en posesión judicial tras la ejecución del art. 675 LEC (en el caso de ejecución hipotecaria) o por la vía de la entrega de bienes inmuebles del art. 703 LEC (en el caso de la sentencia dimanante del proceso del art. 250-1º LEC), ambos con potencial lesividad para el consumidor.

Por ello entendemos que el criterio expuesto, si bien es afín con el bien cimentado presupuesto de necesidad de relación entre la disposición nacional y el Derecho de la Unión, se encuentra mal fundamentado y aplicado a los presupuestos de hecho de los procesos de los que derivó la cuestión prejudicial. El hecho de que se exija que el proceso nacional no sea independiente de la relación jurídica entre profesional y consumidor constituye un presupuesto lógico y acorde con la jurisprudencia del Tribunal. Pero del planteamiento del proceso se desprende que tanto la ejecución judicial como la extrajudicial planteada (seguida del declarativo de protección de derechos reales inscritos) presentan identidad en su configuración legal de la transmisión de la propiedad del bien, por lo que desde esa óptica la intervención del TJUE implica *per se* una intromisión en la seguridad jurídica y las relaciones de propiedad. Además en ambos supuestos el efecto final para el consumidor es el mismo (pérdida de su bien inmueble tras un proceso ejecutivo en el que el juez no ha apreciado el carácter abusivo).

Mejor fundamentado y más acorde y sistemático con la doctrina jurisprudencial constante y estudiada del TJUE hubiese resultado justificar simplemente, como planteó el Abogado General Nils Wahl en sus conclusiones al caso Banco Santander de 29 de junio de 2017 (p. 71), que el caso estudiado se diferenciaba de los ya resueltos en que el Auto de remisión no contenía ningún elemento de hecho que permitiese demostrar que el órgano jurisdiccional remitente contemplaba que una cláusula del contrato controvertido (diferente de la relativa al procedimiento de ejecución extrajudicial) pudiera ser abusiva en el sentido del art. 3-1, de la Directiva 93/13. En el asunto Aziz se planteó en lo relativo a las cláusulas contractuales relativas al vencimiento anticipado y al cálculo de los intereses de demora (p. 65), y en el caso Finanzmadrid existían dudas en cuanto al posible carácter abusivo de algunas cláusulas del contrato en cuestión (p.22). En lugar de ello se optó por asentar criterios claramente discordantes.

De este modo entendemos que, por las numerosas contradicciones que plantea el motivo de resolución analizado se hace necesaria una interpretación clarificadora e integradora por el Pleno o la Gran Sala del TJUE para determinar criterios uniformes de, por un lado, en qué supuestos un proceso nacional o conjunto concatenado de procesos menoscaban la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 -y en especial cuando dicho proceso es o deriva de una ejecución sobre bien garantizado con hipoteca en vía judicial o extrajudicial, pudiendo el consumidor plantear alegaciones con eficacia intraprocesal o debiendo actuando el órgano jurisdiccional de oficio-, y cuándo dicho proceso es independiente o no de una relación jurídica de consumo en los términos de la Directiva 93/13.

Cuestión distinta fue la segunda cuestión planteada en Banco Santander. Tal y como reflejó el Abogado General Nils Wahl en sus conclusiones (p. 70) la deudora ejecutada tuvo la posibilidad, durante la tramitación del procedimiento extrajudicial de venta del bien, de formular oposición o solicitar la suspensión en atención a la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario, o instando como medida cautelar la suspensión de la venta del inmueble del que era propietaria (p. 49 de Banco Santander). Tal marco jurídico no es del todo preciso, pues el art. 129 de la Ley Hipotecaria, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 no contemplaba la posibilidad de que el notario que realizase la venta pudiese considerar que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituía el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, o que pudiese suspenderse la venta si alguna de las partes acreditaba haber planteado ante el Juez competente el carácter abusivo de las cláusulas contractuales (art. 129-2 f, con la redacción posterior a la Ley 1/2013).

En cualquier caso el TJUE entendió que debía haber sido en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria donde el juez que conocía del asunto habría podido proceder, de oficio, al examen del posible carácter abusivo de cláusulas incluidas en el contrato de préstamo hipotecario (p. 49 de Banco Santander).

Por todo ello el TJUE interpretó que los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 no resultan de aplicación en un procedimiento iniciado por quien obtuvo la adjudicación de un bien inmueble en un proceso de ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria, en el que dicha garantía fue originariamente constituida por un consumidor. Todo ello si el proceso persigue la protección de los derechos reales legalmente adquiridos por el adjudicatario. Las razones serían, por una parte, que el procedimiento de protección de derechos reales inscritos es independiente de la relación jurídica entre el acreedor profesional y el consumidor. Por otra parte, si en la venta extrajudicial que precede al declarativo de protección de derechos reales inscritos la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el bien inmueble vendido y los derechos reales transmitidos sin que en ningún caso el consumidor haya hecho uso de los cauces jurídicos o *recursos legales* previstos en este contexto (p. 50 y fallo de Banco Santander). Es decir, que el consumidor pueda invocar eficazmente, en el momento procesal oportuno conforme a Derecho interno, los derechos que le concede el Ordenamiento comunitario de consumo.

La sentencia Banco Santander constituye un retorno a los criterios de la Sentencia Asturcom, en tanto que se retoma la idea de que la eficacia del derecho europeo invocado por el consumidor dependerá de que el mismo ejercite la correspondiente acción u alegaciones dentro de los plazos o momentos procesales razonables que regule el Derecho procesal interno (p. 40 de Asturcom). Resultaría un criterio aceptable que el TJUE refuerce la idea -en beneficio de la autonomía procesal de los Estados miembros y la propia seguridad jurídica<sup>542</sup>- de que respeto del principio de efectividad no pueda llegar hasta el extremo de suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor que ni participe en el procedimiento ni en la impugnación del mismo, amparando la firmeza de la resolución presuntamente lesiva de los Derechos concedidos por la Directiva 93/13 (p. 47 de Asturcom). Asimismo se puede apreciar una moderación o atemperación de la doctrina aplicada en Banco Español de Crédito, que impone el deber de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios (p. 57 de Banco Español de Crédito) e incluso antes de su admisión a trámite.

En cualquier caso dicho planteamiento provocará no pocas confusiones en cuanto a la aplicación en mayor o menor extensión del principio de efectividad por parte de los operadores jurídicos españoles<sup>543</sup>.

---

<sup>542</sup> De hecho denuncia la doctrina española que el TJUE, a la hora de aplicar el principio de efectividad a la disciplina de Derecho europeo de consumo, se constata la existencia de un proceso excesivamente abierto (sustanciado ante el TJUE) con respuestas judiciales diferentes ante premisas fácticas idénticas. Vid. HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», cit., p. 402. Todo ello con la consiguiente lesión a la seguridad jurídica. En un sentido similar BECH SERRAT, J. M., «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?», cit., p. 54.

<sup>543</sup> Buena muestra de ello la da LACABA SÁNCHEZ, F., «El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria», cit., edición digital, quien plantea un ejemplo claro. Tal sería el supuesto del Auto de 13 de febrero de 2018 de la sección 5ª AP Sevilla. Dicha resolución revocó un Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Sevilla, en el que se declaró nula por abusiva una cláusula de vencimiento anticipado,

---

procediendo al archivo y sobreseimiento de la ejecución hipotecaria origen de las actuaciones. Cabe destacarse que dicho auto se adoptó en una fase muy avanzada de la ejecución, como era la subasta. Los motivos para revocar el Auto por la Audiencia Provincial de Sevilla fueron que no procedía, en ese momento procesal, declarar dicha abusividad ya que se estaba decidiendo en contra de una resolución en firme (entendemos que el Auto que resolvió la oposición a la ejecución). Para ello la Audiencia de Sevilla se fundamentó en la doctrina de Asturcom. La posición de la Audiencia se podría desvirtuar con la línea marcada por las sentencias BBVA, Aziz o Finanmadrid (que podría acoger la postura del Juzgado de Primera Instancia: archivar por no haberse respetado el principio de efectividad en la sustanciación del procedimiento). Pero a nuestro juicio, tras el pronunciamiento del TJUE contenido en Banco Santander, se podría esdibujar una posible interpretación que reprochase la preterición del principio de efectividad en el caso referido (reprochada por el autor que citamos en esta nota), lo que supondría un retorno implícito a la posición de Asturcom tal y como juzgó la Audiencia Provincial. Lo que no compartimos, en atención a la doctrina delineada en Lucchini, Fallimento Olimpiclub y Banco Primus es la interpretación de la Audiencia Provincial de Sevilla en relación a "*Que con posterioridad al Auto despachando ejecución se dicte una resolución novedosa por el TJUE no puede ser motivo para abrir de nuevo ni la fase de alegaciones ni la de valorar el título ejecutivo, ya que ello va contra el principio de preclusión*", pues dicha interpretación del principio de preclusión de alegaciones *per se*, como ya hemos sostenido anteriormente, puede ser considerada como una interpretación jurisprudencial de la legislación procesal que la erija como barrera procesal interna, y por lo tanto lesiva sin mayores dificultades hermenéuticas del principio de efectividad. También se podría haber reprochado, al tratarse el objeto del debate de la específica cláusula de vencimiento anticipado, la no suspensión del proceso por la cuestión prejudicial ya planteada por el Tribunal Supremo en su Auto de 8 de febrero de 2017 (nº de recurso 1752/2014). En cualquier caso la aplicación del principio de efectividad irá adquiriendo cada vez mayores problemas de aplicación por los jueces y magistrados españoles en defecto de una interpretación clarificadora (más que necesaria por su discordancia) a manos del propio TJUE.



## CAPÍTULO QUINTO

### **IMPACTO DE LAS CARTAS EUROPEAS DE DERECHOS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

#### **§7. LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. REPERCUSIÓN EN LA REGULACIÓN NACIONAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

##### I. CUESTIÓN GENERAL: APLICACIÓN DE LA CDFUE Y EL CEDH. EXTENSIÓN Y LÍMITES.

Estudiada la extensión y límites del principio de efectividad del Derecho de la Unión en relación con el proceso español de ejecución hipotecaria, nos vemos en la necesidad de abordar la aplicación a la problemática de las cartas europeas de derechos. Así, un análisis multinivel<sup>544</sup> debe llevarnos a analizar la repercusión que acarrearía tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Y es que la sensibilidad para la protección de los derechos fundamentales de la persona ha ido constantemente generando interés para los aplicadores del derecho, que no se limita a una protección en sede de derecho nacional sino que se traslada a textos

---

<sup>544</sup> El concepto de constitucionalismo multinivel se centra en la correlación de las leyes nacionales y europeas desde la perspectiva de los Estados y los ciudadanos, admitiendo que los dos niveles de gobierno (a lo que se añadiría el nivel legislativo y judicial) son elementos complementarios de un único sistema. Vid. PERNICE, I., «The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism in Action», *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, 2009, pp. 372-373. De este modo, desde la perspectiva constitucional el autor citado entiende que los ciudadanos se organizan políticamente bajo determinadas instituciones, poderes y procedimientos para una determinada acción y con determinados derechos y deberes. Y que bajo esta organización los individuos se definen a sí mismos como ciudadanos de una política que puede ser de un Estado, pero también puede ser una entidad supranacional, o incluso una de alcance global (p. 366). En contra, OLLERO TASSARA, A., «Diálogo de tribunales en el marco europeo», cit., pp. 916-917, para quien no debe entenderse el derecho como un sistema. La concepción del derecho como un sistema carecería de eficacia práctica para el autor, quien considera que la existencia de tratados internacionales sobre derechos fundamentales sólo aportará al juez ordinario principios que servirían de criterios interpretativos. Aunque los tribunales constitucionales nacionales saben que están condicionados por el TEDH, el impacto tiene más una dimensión más hermenéutica o interpretativa que normativista, según el autor citado.



de origen supranacional controlados por tribunales diseñados estructuralmente para la protección de dichos derechos. Frente a las constituciones nacionales, las fuentes de Derecho internacional ofrecen una lectura definida por la doctrina especializada a menudo expansivas. Aquí entrarían en juego el TEDH de Estrasburgo y el TEDH de Luxemburgo, hablándose abiertamente de una tutela multinivel en el que los derechos humanos encuentran protección en diversos planos (nacionales internos e internacionales) y ante diversos órganos jurisdiccionales<sup>545</sup>.

El CEDH fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, siendo su fin declarado en el segundo considerando de su preámbulo el tender a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados. Tal y como se establece en su artículo 1, mediante el Convenio los Estados reconocen a toda persona (con independencia de su condición de ciudadano de algún Estado parte del Convenio o no) bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en su título primero (así como sus protocolos adicionales); teniendo en cuenta las normas de aplicación territorial de su artículo 56.

De este modo el CEDH presenta un ámbito de aplicación general en todos los Estados firmantes (entre los que se incluye España<sup>546</sup>) en materia de los Derechos humanos que en él se contienen. Para asegurar el respeto a tales Derechos configurados tanto en el Convenio como en sus sucesivos protocolos, en el art. 19 del CEDH se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Su competencia, tal y como se declara en el art. 32-1 CEDH, se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos, que pueden plantear incluso cualquier persona física que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos (art. 34 del CEDH). Esto ha generado una muy rica jurisprudencia del Tribunal desde la entrada en vigor del Convenio hasta la actualidad interpretadora de los distintos supuestos en los que sus derechos pueden ser violados. A lo largo del presente capítulo resumiremos los principales y más directamente relacionados con nuestra materia de estudio.

Una disposición muy importante es la que radica en el art. 53 CEDH: ninguna de las disposiciones del Convenio se interpretará en el sentido de que limite o perjudique los derechos humanos y libertades fundamentales que puedan ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Estado que lo suscriba o en cualquier otro Convenio en el que sea parte. De este modo configura el CEDH como norma de mínimos susceptible de ampliación en lo que respecta a la protección de las garantías de los particulares. Una similar cláusula no limitadora de mejores garantías se contiene en el art. 53 CDFUE.

---

<sup>545</sup> BIAVATI, P., «La tutela multilivelli dei diritti fondamentali: una bussola per l'Europa?», en *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, Bononia University Press, 2012, pp. 33-34.

<sup>546</sup> Al que se adhiere mediante el Instrumento de Ratificación del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de octubre de 1979 (Boletín Oficial del Estado n.º 243, de 10 de octubre de 1979).

Volviendo al ámbito de la Unión Europea, es preciso subrayar que la Unión se fundamenta, entre otros valores en el respeto a los Derechos humanos (art. 2 TUE). Ya desde la jurisprudencia establecida en su Sentencia de 12 de noviembre de 1969 (asunto C-29/69, caso Stauder/Stadt Ulm) el TJUE afirmó que los derechos fundamentales de la persona subyacen en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el propio TJUE (p. 7 de Stauder). Y en la Sentencia de 14 de mayo de 1974 (asunto C-4/73, caso Nold KG/Comisión) el TJUE afirmó que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto debe asegurar el mismo. Al garantizarse la protección de estos derechos, el TJUE tuvo como fórmula temprana que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Eso le llevaría a no admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados miembros de la Unión; ni tampoco con los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros. Y de hecho se admite que dichos tratados para la protección de los Derechos humanos también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario (p. 13 de Nold KG). Valiéndose de estos argumentos el TJUE reconoce un atentado a un derecho equiparable al de propiedad y al libre ejercicio de las actividades profesionales.

De este modo se apunta a otra “constitucionalización” de los Derechos fundamentales en la Unión Europea de doble vía: por un lado, se encontraría la adhesión de la Unión al Convenio elaborado en el marco del Consejo de Europea (CEDH y Protocolos Adicionales); y por otro lado la elaboración por las propias comunidades de un texto propio de aplicación interna, que vendría de la mano de la CDFUE<sup>547</sup>.

En tal evolución se enmarca la actual redacción del art. 6-2 TUE la Unión Europea como institución se adhiere al CEDH (con la salvedad de la no modificación de las competencias definidas en los tratados). Igualmente incorpora en su art. 6-3 los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los derechos que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados como parte del Derecho de la Unión en calidad de principios generales.

Por otro lado tenemos la CDFUE, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y modificada en 2007 para su entrada en vigor junto con el Tratado de Lisboa (proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo). La inspiración del CEDH es clara (de hecho, en el párrafo quinto de su preámbulo la CDFUE declara reafirmar, entre otras declaraciones de derechos internacionales, el CEDH). Su ámbito de aplicación no es tan amplio como el CEDH, que va dirigido a toda persona que se encuentre en los estados firmantes. La CDFUE, como se declara en su artículo 51-1, está dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la Unión (dentro del respeto del principio de subsidiariedad), así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el

---

<sup>547</sup> MANGAS MARTÍN, A., «El compromiso con los Derechos fundamentales», en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. (coords.) *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, p. 48.

Derecho de la Unión. Es más restringida, y la función de los Estados se reduce a respetar tales derechos, observarán sus principios y promoverán su aplicación, pero siempre con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

La CDFUE adquiere su vigencia con el art. 6-1 TUE, en virtud del cual la Unión Europea reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE, en su versión adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. A este texto se le atribuye el mismo valor jurídico que los Tratados (TUE y TFUE). Ahora bien, las disposiciones de la CDFUE no serán susceptibles de ampliar en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen y regulan en los Tratados. Según la doctrina, que la CDFUE tenga el mismo valor que los tratados implica una serie de consecuencias: 1) que la Carta no se encontrará subordinada al propio Tratado, 2) que deberá ser respetada, como regla jerárquica superior, por toda la legislación derivada de la Unión, actos institucionales y los acuerdos celebrados por la Unión con terceros Estados y organizaciones internacionales, 3) que constituye un parámetro en virtud del cual dichos la legislación, actos u acuerdos pueden ser declarados nulos o anulados por el TJUE como consecuencia del incumplimiento de la CDFUE; y de este modo se le reconoce una capacidad de influir, positiva o negativamente, en la producción legislativa de las instituciones de la Unión Europea<sup>548</sup>.

No obstante, como resalta ROSSI, la CDFUE aun teniendo formalmente el mismo rango que los tratados y estando sujeta en abstracto a los mismos principios estructurales del Derecho primario europeo (primacía, efecto directo), en realidad se trata de fuente primaria atenuada desde dentro. Y esto es así porque contiene una serie de disposiciones que limitan sus efectos, con especial cautela con respecto a la posible interferencia con la legislación de los Estados miembros<sup>549</sup>. La CDFUE está concebida principalmente como un instrumento destinado a limitar el poder de las instituciones de la Unión, actuando como parámetro para evaluar la legitimidad y validez de sus actos, o en la aplicación de su propio derecho<sup>550</sup>.

De hecho la CDFUE no amplía, como preceptúa su art. 51-2, el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados. Este constituye un límite de especial importancia

---

<sup>548</sup> ROSSI, L. S., «Stesso valore giuridico dei Trattati? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 2, 2016, pp. 331-332.

<sup>549</sup> Art. 51-1 CDFUE: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas (...), así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»; art. 52-5: «Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse (...), y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas»; y art. 53: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos (...), así como por las constituciones de los Estados miembros».

<sup>550</sup> ROSSI, L. S., «Stesso valore giuridico dei Trattati? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», cit., p. 353.

para la aplicación de los derechos contenidos en la CDFUE, que deberemos tener muy en cuenta a la hora de proceder a nuestro análisis.

Por su parte la CEDH, aunque técnicamente no guarda relación con el orden comunitario, a menudo proporcionará material al TJUE para la identificación de derechos que el orden comunitario garantiza explícitamente. Esto se ha aplicado, por ejemplo, a la identificación y detección del derecho a la efectividad de la tutela judicial que el TEDH llevó a cabo con la anteriormente aludida sentencia Johnston de 1986 (asunto C-222/84), que indica, como hemos expresado antes, que el control jurisdiccional impuesto por la Directiva 76/207 era la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y además como derecho consagrado en los arts. 6 y 13 del CEDH<sup>551</sup>.

La aplicación y convivencia de ambas cartas de derechos en el plano europeo puede llegar a ser compleja. En opinión de la doctrina interpretadora, el TJUE deberá aplicar, ante todo, la CDFUE, entendiéndose como fuente permanente del Ordenamiento de la Unión, del que el propio TJUE debe observar su correcta aplicación. Todo ello con independencia de la vinculación interpretativa que se establezca por el contenido del art. 52-3 CDFUE, que como norma de mínimos es susceptible de su ampliación. Y sólo donde la CDFUE no proporcione tutela en el derecho invocado, el TJUE podrá aplicar el CEDH en cuanto que parte integrante del Derecho de la Unión<sup>552</sup>.

A grandes rasgos podemos considerar que en el desarrollo de un proceso nacional de ejecución hipotecaria pueden conculcarse dos derechos: el derecho a un proceso equitativo (regulado en el art. 6-1 CEDH y 47-2 CDFUE) y el derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH y 17 CDFUE, si bien este último precepto no ha sido aplicado por el referido ámbito de competencias limitado del CDFUE, por lo que nos detendremos en el estudio de la norma del CEDH).

---

<sup>551</sup> TROCKER, N., «Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l’opera della Corte di giustizia», cit., pp. 370 y ss.

<sup>552</sup> BIAVATI, P., «La tutela multilivelli dei diritti fondamentali: una bussola per l’Europa?», cit., p. 37. Similar visión tiene VAN CLEYNENBREUGER, P., «Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework», cit., p. 99, quien en el debate sobre si el TEDH podría ubicarse jerárquicamente sobre el TJUE descarta dicha posibilidad más allá de la obligación de mantener estándares comparables. Además, la práctica procesal revelará una mayor aplicabilidad a favor del TJUE, en el sentido de que mientras que el TEDH actúa solo después de que se hayan agotado todos los recursos internos, mientras que el TJUE puede intervenir directamente y contribuir a reformular casos nacionales pendientes por medio de la cuestión prejudicial. A ello se añade que los nuevos filtros introducidos por el propio TEDH provocan que las condiciones de admisibilidad sean más reducidas, vid. DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M.; GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L.; MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. DEL C. Y VALLEJO PEÑA, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros mecanismos de control», en MORENO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (coords.) *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Comares, 2017, pp. 337 y ss. Se espera que tal aplicabilidad tienda a equipararse, con la introducción del Protocolo 16º al CEDH firmado en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013, que establece la posibilidad de plantear opiniones consultivas al TEDH sobre la interpretación o aplicación del CEDH y sus protocolos. Vid. CHIARLONI, S., «Il nuovo protocollo 16 per la Corte europea dei diritti dell’uomo: un passo ulteriore verso il governo dei giudici?», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 6, 2014, pp. 1311-1319.

Eventualmente, si el bien hipotecado es una vivienda habitual, pueden conculcarse los derechos de respeto al domicilio y la vida familiar del art. 7 CDFUE y 8-1 CEDH.

## II. EL ARTÍCULO 7 DE LA CDFUE Y 8-1 DEL CEDH: EL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR Y DEL DOMICILIO.

El artículo 7 de la CDFUE establece que “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*”.

El Derecho fundamental al respeto al domicilio, así como a la vida privada y familiar se ha plasmado en múltiples constituciones europeas<sup>553</sup>, por lo que en la terminología del Tribunal de Justicia forma parte de las llamadas “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados. Igualmente, este derecho tiene el mismo sentido, alcance y tenor literal que en el art. 8-1 del CEDH, por lo que de conformidad con el art. 52-3 de la CDFUE su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere el CEDH (sin perjuicio de que el Derecho de la Unión le atribuya una protección más extensa).

En particular, en párrafo 2º del art. 8 CEDH se establece una cláusula de limitación especialmente amplia, en virtud de la cual no se considerará como injerencia de la autoridad pública (y por lo tanto no se lesionará este derecho) cuando tal injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática<sup>554</sup>, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. De este modo, la relación entre la proclamación del derecho y la amplitud de la cláusula de limitación constituirá un incentivo interpretativo para el TEDH para mantener el ámbito de aplicación del art. 8 con un carácter especialmente abierto<sup>555</sup>. De este modo el juicio de proporcionalidad de la intervención del Estado será un factor de especial relevancia a tener en cuenta para determinar la extensión de este derecho.

---

<sup>553</sup> Entre otros, art. 18 de la Constitución Española, 14 de la Constitución Italiana, art. 13 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, art. 9 de la Constitución de Grecia, 34 de la Constitución de Portugal, entre otras.

<sup>554</sup> Sobre la formalización del principio de democracia y respeto a los derechos humanos vid. MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. DEL C., *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, Madrid, Reus, 2010, pp. 94 y ss.

<sup>555</sup> SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.; MIERES MIERES, L. J. Y PRESNO LINERA, M. Á., *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, pp. 64-65.

En lo que respecta a nuestro tema, la configuración en la CDFUE del Derecho al domicilio y la vida privada y familiar ha tenido repercusiones en la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha vertido sobre la regulación procesal nacional de la ejecución de un contrato gravado con hipoteca.

Es por ello por lo que nos detendremos en el contenido y alcance de referido derecho antes de detenernos en su repercusión en los procedimientos nacionales de ejecución hipotecaria.

1. El respeto al domicilio en la jurisprudencia del TEDH y la limitación de los poderes públicos para privar de la vivienda al individuo. Carácter necesario del juicio de proporcionalidad.

La doctrina ha atribuido una triple naturaleza al objetivo de este derecho. Por un lado, la protección de cualquier persona de las intromisiones de los poderes públicos en la esfera íntima. Por otro, proteger al individuo de intromisiones a su esfera privada provenientes de terceros particulares. En tal caso la jurisprudencia del TJUE exigiría la intervención de los poderes públicos para evitar que la actuación del particular pueda conllevar la referida intromisión en la vida privada y familiar, lo que ha incluido expresamente a la actuación del poder judicial<sup>556</sup>. Y por último la existencia de garantías frente a las intromisiones en la vida privada y familiar que deriven de actuaciones procesales<sup>557</sup>. Por ello la doctrina interpreta que existe tanto un deber negativo de

---

<sup>556</sup> Como ejemplo de ello la Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover contra Alemania (núm. 59320/00, CEDH 2004-VI), en la que se dictaminó que las resoluciones judiciales alemanas habían vulnerado el derecho de la demandante al respeto de su vida privada y familiar del art. 8 del CEDH, al desestimar las pretensiones de la interesada pretendiendo la prohibición de publicaciones efectuadas por la prensa alemana de fotografías sobre sus vida privada. No obstante, recientemente la Gran Sala del TEDH enmienda la anterior doctrina, entendiendo que los tribunales alemanes procedieron a la ponderación circunstanciada del derecho de las editoriales a la libertad de expresión con el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada, por lo que ateniendo al margen de apreciación de que disponen los tribunales internos en la materia cuando sopesan los intereses divergentes, se concluye que los tribunales alemanes no incumplieron sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 CEDH (Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 7 de febrero 2012, asunto Hannover contra Alemania, conclusiones finales).

<sup>557</sup> Como la Sentencia del TEDH de 11 de julio de 2000, caso Ciliz contra los Países Bajos (nº 29192/95), en la que el reclamante, nacional turco, fue expulsado de Países Bajos al encontrarse en situación de ilegalidad administrativa, impidiéndosele un permiso de residencia para acudir al régimen de visitas a su hijo. El TEDH entendió que se produjo la vulneración del art. 8 del CEDH, pues en los procedimientos paternofiliales sustanciados en Países Bajos le denegaron al demandante toda posibilidad de involucrarse significativamente en dichos trámites, en los cuales su disponibilidad para participar en la propia audiencia resultaba esencial (lo que se conectaría con el principio de inmediación procesal).

respeto de los poderes públicos (entre los que se ubicaría a la propia Unión Europea y sus actos jurídicos, como un deber positivo de garantía<sup>558</sup>.

Dentro de las múltiples dimensiones que constituyen el presente derecho (respeto de la vida privada, respeto a la vida familiar, respeto al domicilio y respeto a las comunicaciones) nos detendremos en las que se han puesto de relieve por el TJUE como más incidentales en las regulaciones nacionales de los procesos de ejecución hipotecaria (en los casos Aziz, Sánchez Morcillo I y Kušionová antes citados).

En primer lugar nos detendremos en el respeto al domicilio. En esta dimensión se protege el espacio físico en el que se desarrolla la parte fundamental de la esfera privada del individuo. Por ello este derecho protegería frente a varias injerencias: las intromisiones a través de medios técnicos para captar imágenes o sonidos; y el derecho a determinar libremente a quién se le permite el acceso o no del domicilio. De este derecho la doctrina ha recalado la existencia de una especie de *vis expansiva*, entendiéndose que llega a proteger ámbitos específicos que en realidad están conectados con otro tipo de contenidos (como la protección del medio ambiente)<sup>559</sup>. Así se puso de manifiesto en el punto 58 de la Sentencia del TEDH de 9 diciembre 1994 (TEDH 1994\3), caso López Ostra contra España, demanda nº 16798/1990, en el que el TEDH destacó que España no había mantenido un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad murciana de Lorca (respecto a la disposición de una planta depuradora) y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar.

En lo que a nosotros nos ocupa, y en atención a esta *vis expansiva* del Derecho al respeto del domicilio es preciso determinar cómo puede afectar la protección de dicho derecho a la potestad legislativa nacional a la hora de regular los trámites de ejecución o privación de la posesión de la vivienda, y la aplicación judicial de los mismos. Así, el TEDH ha determinado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio. Por lo tanto toda persona que corra el riesgo de perder su vivienda, en tanto que se trata del domicilio habitual, debe poder obtener el examen de la proporcionalidad de la medida judicial que la decreta.

Aquí puede encuadrarse la Sentencia del TEDH (Sección 4ª) de 13 mayo 2008, caso McCann contra Reino Unido (demanda nº 19009/2004), TEDH 2008\30. En la misma un ciudadano británico demandó a Reino Unido por haber sido desalojado de la vivienda de alquiler municipal (propiedad del Ayuntamiento de Birmingham) en la que vivía por la orden de desalojo solicitada por su esposa, con la que tuvo problemas de convivencia relacionados con violencia doméstica. La esposa, cuando compareció ante las autoridades del Ayuntamiento, le propusieron la firma de una orden de desalojo sin comprender esta que dicho procedimiento tendría el efecto de extinguir el derecho del

---

<sup>558</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Artículo 7. Respeto a la vida privada y familiar», en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. (coords.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 211-212.

<sup>559</sup> *Ibid.*, pp. 214-215.

demandante a vivir en la casa o intercambiarla por otra propiedad de la autoridad local. Cuando posteriormente se reconciliaron y volvieron a vivir conjuntamente, se encontraron ante un juicio de desahucio en iniciado. Y de hecho, tras la vuelta a la convivencia común la esposa del Sr. McCann se retractó ante el juzgado. Pero aun así el juez del condado mantuvo efectivo el aviso de desalojo, quien tras la tramitación del procedimiento finalizado en su Sentencia de 15 abril 2003 declaró que, en virtud del *common law* y la legislación sobre la vivienda el demandante no podía invocar argumentos legales frente a la acción de restitución ejercitada por la autoridad del Ayuntamiento de Birmingham y decretó el desahucio. El demandante, tras agotar los cauces jurídicos internos, recurrió al TEDH alegando la conculcación del derecho al respeto del domicilio del art. 8 CEDH.

Y así el TEDH determinó que la pérdida del hogar es la forma más extrema de injerencia en el derecho al respeto del domicilio. Por ello cualquier persona que pueda sufrir una injerencia de esta magnitud debería en principio poder hacer que un tribunal independiente decidiese la proporcionalidad de la medida a la luz de los principios aplicables en virtud del artículo 8 CEDH, pese a que, en virtud de la legislación interna británica, se había extinguido su derecho de ocupación (p. 50 de McCann).

Además se argumentó que el sistema legal de asignación de la vivienda pública británica establecía disposiciones que protegen a los inquilinos de la autoridad pública propietaria durante una tenencia conjunta. Por ello un tribunal no puede restituir a una autoridad pública propietaria la posesión de una propiedad ocupada por un inquilino excepto si se basa en alguno de los fundamentos legales específicos y si, además, considera razonable hacerlo. Por ello el Ayuntamiento de Birmingham debió haber, por ejemplo, pedido al tribunal que examinara si la mujer había abandonado realmente el hogar a causa de la violencia doméstica, en lugar de pedir que firmase una notificación de desalojo cuyo efecto era la rescisión inmediata del derecho del demandante a permanecer en la casa (puntos 51 y 52 de McCann). Al firmarse una orden de desalojo el juez nacional no podía entrar a considerar ninguna cuestión en relación a la proporcionalidad de la orden de restitución de la posesión de la vivienda. Y por ello, ante los efectos del aviso desalojo tampoco se otorgó la oportunidad a un tribunal independiente de examinar si la pérdida de la vivienda del demandante era proporcional respecto a los fines legítimos que persigue el artículo 8.2 CEDH como justificación de la injerencia de la Administración.

En suma, el TEDH entendió que debido a la falta de garantías procesales adecuadas, se violó el Derecho al respeto al domicilio del art. 8 CEDH, al privarse al demandante de que un tribunal entrase a valorar la proporcionalidad de la orden de desalojo, cuyo efecto material consistía en la efectiva pérdida de la vivienda. Aun habiendo empleado la parte contraria (Ayuntamiento de Birmingham) una vía de puesta en posesión conforme con el Derecho interno británico.

Similares conclusiones caben extraerse de la Sentencia del TEDH de 25 julio 2013 (Sección 5ª), caso Rousk contra Suecia, demanda nº 27183/2004, JUR



2013\269717. En este caso, el demandante era propietario de una empresa y tenía la obligación legal de presentar una declaración especial de impuestos cada año. Al no hacerlo, la Autoridad Tributaria de Estocolmo le realizó una propuesta de liquidación de impuestos y recargos que ascendían a un total de 232.572 coronas suecas (aproximadamente 27.000 euros). Dado que las deudas tributarias con el Estado eran inmediatamente exigibles, la Autoridad Tributaria pasó el reclamo a la oficina de recaudación, que emitió un mandamiento de ejecución. Entre otras actuaciones ejecutivas la oficina de recaudación se adjudicó la vivienda que constituía el hogar habitual del obligado tributario. De este modo el interesado recurrió el mandamiento de ejecución ante el Tribunal de Distrito de Estocolmo por varias razones: que su deuda fiscal no había sido finalmente decidida; que no se le había notificado la decisión de adjuntar su propiedad y, por lo tanto, se le había impedido apelar antes y que estaba pendiente de presentación su declaración fiscal para el año fiscal origen de las actuaciones inmediatamente, solicitado una prórroga para el pago de sus impuestos (que le fue parcialmente concedida). Además, afirmó que era totalmente desproporcionado vender su casa, lo que implicaría graves consecuencias económicas, sociales y médicas tanto para él y su esposa. El Tribunal de Distrito rechazó su recurso, e intentó agotar la vía judicial interna.

Mientras tanto la oficina recaudadora enajenó sus bienes en subasta pública. Aunque el Sr. Rousk intentó suspender la subasta alegando las razones antes comentadas y el pago parcial de la deuda que quedaba libre de la prórroga, la oficina recaudadora lo denegó en base al hecho de que parte de la deuda permanecía y era exigible. Finalmente la subasta se celebró y el inmueble fue transmitido. Por ello el Sr. Rousk recurrió al TEDH alegando la violación del artículo 8 del CEDH y del artículo 1 del Protocolo nº 1, relativo al a protección de la propiedad.

En lo que respecta a la violación del Derecho a la protección del domicilio, el TEDH sostuvo una posición similar a la sostenida en el caso McCann. La venta en una subasta pública privó legalmente al solicitante de su hogar, y era una condición previa y necesaria para el desalojo. A priori el TEDH observó que la interferencia en el derecho al respeto del domicilio *a priori* fue conforme a la legalidad y tenía el objetivo legítimo de proteger los derechos y libertades de terceros, como el comprador del inmueble tras la subasta o el bienestar económico del país que asegura la recaudación de impuestos (p. 135 de Rousk).

No obstante, el Tribunal reiteró en la postura de McCann: la pérdida de su hogar es la forma extrema de interferencia respecto al Derecho al respeto del domicilio. Cualquier persona en riesgo de una interferencia de esta magnitud debería tener la proporcionalidad de la medida determinada por un tribunal independiente a la luz de los principios pertinentes del art. 8 TEDH (p. 137 de Rousk). Y por lo tanto el Tribunal acepta que a veces es necesario que el Estado adquiera y venda propiedades de los particulares, incluido el hogar/vivienda habitual de una persona para garantizar el pago de los impuestos adeudados al Estado a través de deudas exigibles (lo que puede aplicarse *mutatis mutandi* al embargo que efectúa un tribunal de justicia para garantizar

un préstamo hipotecario). No obstante, enfatiza que estas medidas deben ser aplicadas de una manera que asegure que el derecho del individuo a su domicilio se considere y proteja adecuadamente (p. 138 de Rousk).

De este modo el TEDH no se convenció de que los intereses del demandante hubiesen sido adecuadamente protegidos ante una forma tan extrema de injerencia en su derecho al respeto de la vivienda como era el apremio administrativo. Tomó nota de que el 6 de octubre de 2003, cuando la oficina recaudadora decidió que el solicitante debía ser desalojado de su vivienda, sabía que se había concedido al demandante una prórroga en el pago de su deuda fiscal exigible y que solo una deuda muy pequeña seguía siendo ejecutable. Además la oficina recaudadora sabía que la apelación del demandante contra el auto de ejecución aún estaba pendiente ante el Tribunal de Apelación y que su apelación contra la subasta de su vivienda estaba pendiente ante el Tribunal de Distrito. Aunque el Tribunal de Distrito rechazó el recurso una semana antes de que se produjera el desalojo, el TEDH entendió que tal decisión no era definitiva, ya que el demandante apeló ante el Tribunal de Apelación dentro del plazo legal establecido en la legislación procesal. Por ello el TEDH entendió que el desalojo debería haberse pospuesto hasta que se hubiesen resuelto las cuestiones controvertidas subyacentes, como eran la impugnación del mandamiento ejecutivo y la suspensión de la subasta (p. 139 de Rousk).

Además el TEDH entendió especialmente vulnerado el Derecho al respeto del domicilio en tanto que, a pesar de que el particular tenía la obligación de abandonar la vivienda antes del 1 de octubre de 2003, sólo se le pagó el remanente de la subasta el 27 de enero de 2004, cuando la venta de la propiedad adquirió fuerza legal. Para la opinión del TEDH esto suponía una carga financiera adicional para el solicitante excesiva en las circunstancias del caso, en lo que respecta a su necesidad de encontrar un nuevo hogar (p. 140 de Rousk)<sup>560</sup>.

De este modo el TEDH detectó una falta de garantías procesales efectivas para el recurrente, y que ni los intereses del comprador del inmueble<sup>561</sup> ni los intereses generales del Estado superaban a los del solicitante. Por ello se entendió efectivamente

---

<sup>560</sup> De hecho se tiene en cuenta para valorar la privación del Derecho al domicilio la voluntad y predisposición para buscar un alojamiento alternativo (cuando se trata de la Administración pública, por ejemplo), al menos de forma temporal. Vid. p. 96 de la STEDH (Sección 1ª) de 6 de diciembre de 2011, caso Gladysheva contra Rusia (JUR 2011\416823), demanda n° 7097/2010.

<sup>561</sup> Al que se le reconoce no obstante un interés legítimo en tener acceso a la propiedad adquirida en un tiempo razonable y obtener la certeza jurídica de que la compra fue definitiva. P. 141 de Rousk. En el caso Rousk se entendió que había un interés legítimo de un tercero, si bien se consideró que el del deudor tributario ejecutado era más digno de protección. Aun así el hecho de que medie el interés de terceros es una circunstancia muy tenida en cuenta por el TEDH para desposeer del domicilio, hasta el punto de que si no puede demostrarse que se puede individualizar el interés de terceros o dicho interés no esté en juego se entenderá conculcado el derecho al respeto al domicilio. Véase el p. 69 de la STEDH (Sección 1ª) de 21 de junio de 2011, caso Orlić contra Croacia (JUR 2011\212900), demanda núm. 48833/2007, en el que el tribunal lo presume cuando la propiedad pasa a ser del Estado y no de ninguna otra persona en concreto, así como la STEDH de 25 de julio de 2017 (Sección 3ª), caso Shvidkiye contra Rusia (JUR 2017\207144), demanda n° 69820/2010, p. 33, en la que se reprocha que si bien se alega la vulneración de los derechos de otras personas, no se dieron más detalles respecto a esas personas y por lo tanto no se individualizó.

producida una violación del Derecho al respeto al domicilio del art. 8 CEDH (p. 142 de Rousk), entendiéndose que de la ponderación de derechos el más digno de protección era el del ejecutado tributario que había perdido su domicilio.

La ideas esenciales que pueden extractarse por el TEDH en el caso Rousk es doble: por un lado, que la vivienda habitual no podrá ser enajenada si no es por una cantidad de dinero significativa (en atención a un criterio de proporcionalidad entre la deuda y el valor del inmueble), y que tampoco se podrá iniciar un proceso de ejecución sin vulnerarse el Derecho al respeto del domicilio del art. 8 CEDH hasta que la cuestión controvertida principal de la que derive la obligación de pago dineraria sea resuelta ante los tribunales de justicia.

De este modo se llega a un caso en el que por vez primera las actuaciones derivan de un procedimiento de ejecución civil: la Sentencia del TEDH (sección 1ª) de 16 de julio de 2009 (JUR 2009\338408), caso Zehentner contra Austria, demanda núm. 20082/2002. El procedimiento de origen se remonta a un procedimiento sumario ante el Tribunal de Distrito de Meidling, en el que se ordenó al demandante pagar 102,330.48 chelines austriacos, aproximadamente 7.440 euros a un profesional por el costo del trabajo de fontanería en su apartamento. El procedimiento ejecutivo continuó y tuvo lugar la venta judicial forzosa mediante subasta. El apartamento del afectado fue subastado por aproximadamente 59.000 euros y el afectado fue lanzado del departamento. Todas las notificaciones no pudieron ser notificadas personalmente, sino depositadas en la oficina de correos. Posteriormente, tras su ingreso en una institución psiquiátrica se dictaminó que el mismo padecía psicosis paranoide desde 1994 (mucho antes del inicio del proceso de ejecución) y que desde entonces no había podido tomar decisiones racionales, en particular por lo que se refería a cuestiones del mantenimiento de su vivienda.

El recurrente alegó que había perdido su apartamento como consecuencia de un procedimiento de venta judicial y sufriendo indefensión. El TEDH consideró que la venta judicial forzosa del apartamento y su lanzamiento afectaron su derecho al respeto de su domicilio. A juicio del TEDH la subasta y el lanzamiento del solicitante debían considerarse como un todo (a los efectos de la protección del derecho, obviamente). La venta judicial privó al recurrente legalmente de su hogar, y era una condición previa necesaria para el lanzamiento, lo que de hecho le privó de su hogar (p. 54 de Zehentner).

La interferencia de los poderes públicos en cuestión constituiría una violación del art. 8 CEDH a menos que se encontrase justificada en virtud del segundo párrafo de dicho artículo. La injerencia se realizó de conformidad con la ley, basada en las disposiciones pertinentes de la Ley de Ejecución Forzosa austriaca y tenía el objetivo legítimo de proteger los derechos y las libertades de terceros: el procedimiento en su conjunto servía a los intereses de los acreedores, en la obtención del pago de su deuda. Además, el lanzamiento y la negativa a anular la venta judicial sirvieron para proteger al tercero comprador del apartamento (p. 55 de Zehentner).

En primer lugar el TEDH destacó que la venta judicial del apartamento se autorizó a partir de una orden de pago emitida en un procedimiento sumario. Aunque el hecho de que se despachase en un procedimiento sumario pudiese entenderse en beneficio de un proceso de ejecución eficiente, el TEDH planteó sus dudas sobre si los intereses del deudor realmente se tenían en cuenta cuando dicho procedimiento sumario fuese la base legal para iniciar un proceso de ejecución contra un domicilio en el sentido del art. 8 CEDH. Además por una suma comparativamente menor en relación al precio del inmueble. Y si bien el Tribunal decidió no examinar el sistema de tutela rápida del crédito austriaco en abstracto observó que, en las circunstancias del caso, era particularmente perjudicial para el afectado. Apoyado en los peritos del proceso de incapacidad se llegó a la conclusión de que al momento de la venta judicial del departamento, había carecido de capacidad jurídica durante años. Como resultado, no había estado en condiciones de oponerse a la orden de pago subyacente en la decisión que autorizaba la venta judicial o de hacer uso de los recursos disponibles para el deudor en virtud de la Ley de Ejecución forzosa austriaca (p. 61 de Zehentner).

El TEDH fue consciente de que los tribunales nacionales austriacos no podían conocer la falta de capacidad jurídica del demandado ejecutivo al tramitarse el procedimiento en cuestión. A pesar de ello el TEDH dio peso al hecho de que una vez establecida la falta de capacidad jurídica del demandado y el nombramiento de un tutor, no pudo obtener una revisión de su caso debido a la naturaleza preclusiva del paso del tiempo para apelar contra una venta judicial establecida en la Ley de Ejecución Forzosa austriaca (p. 62 de Zehentner).

A raíz de los razonamientos del Tribunal Supremo y del Gobierno austriaco, el transcurso del plazo del tiempo sirvió para proteger al comprador de buena fe y los intereses generales de una administración de justicia eficiente, así como de mantenimiento de la seguridad jurídica. No obstante se puso énfasis en el hecho de que las personas que carecen de capacidad legal son particularmente vulnerables y los Estados tienen una obligación positiva en virtud del art. 8 CEDH de brindarles protección específica por ley. El paso de los plazos preclusivos son un argumento razonable y sólido, también lo era a juicio del TEDH una justificación específica cuando se trate de una persona que carezca de capacidad jurídica. En tal caso se detectó que no se ofreció ninguna justificación de esta naturaleza en la sustanciación de las diferentes impugnaciones nacionales y al no haberse evaluado los intereses en conflicto (intereses del comprador de buena fe, por una parte, y el deudor que carecía de capacidad jurídica, por otra). Por ello ni la protección del comprador de buena fe, ni el interés general de preservar la seguridad jurídica eran argumentos suficientes para contrarrestar la consideración de que el ejecutado, que carecía de capacidad jurídica, fue desposeído de su hogar sin poder participar efectivamente en el proceso. Y sin tener en cuenta los tribunales nacionales la posibilidad de tener en cuenta la proporcionalidad de la medida. Por ello se entendió que, debido a la falta de garantías procesales, se produjo una violación del artículo 8 del CEDH (p. 65 de Zehentner).

De lo expuesto vemos cómo el TEDH plasma el respeto del domicilio como una obligación dirigida a los órganos jurisdiccionales nacionales. La pérdida del domicilio se concibe como una opción extrema, en la que la proporcionalidad de la medida debe estar especialmente justificada por los tribunales nacionales, aun a costa del sacrificio de la seguridad jurídica del ordenamiento procesal o la agilidad en la tutela del crédito.

A partir de las comentadas resoluciones el TEDH ha consolidado una rica jurisprudencia en la que ha limitado los poderes del estado para privar de la posesión del domicilio a un individuo y fortalecer sus garantías procesales a través del requisito de la proporcionalidad (por ejemplo en la cantidad por la que se ejecuta o la especial vulnerabilidad de la persona), que se materializa a través de las razones para rescindir el contrato de arrendamiento (sobre todo cuando median programas públicos de alquiler social de vivienda) o la resolución de todas las cuestiones de fondo que den lugar a la desposesión de la vivienda. Todo ello en pos del Derecho al respeto del domicilio del art. 8 CEDH. De hecho, la mera ausencia del juicio de proporcionalidad a manos del tribunal nacional a la hora de desposeer del domicilio constituye razón para entender lesionado el derecho del art. 8 CEDH.

Sirvan como ejemplo las SSTEDH de 21 de septiembre de 2010 (Sección 4ª) caso Kay contra Reino Unido (JUR 2010\324940), demanda 37341/2006, pp. 70-74; de 3 de febrero 2011 (Sección 1ª) caso Igor Vasilchenko contra Rusia (JUR 2011\27427), demanda 6571/2004, pp. 84-85; de 14 de marzo de 2017 (Sección 3ª) caso Yevgeniy Zakharov contra Rusia (TEDH 2017\22), demanda nº 66610/2010, pp. 34-37; de 25 de julio de 2017 (Sección 3ª), caso Shvidkiye contra Rusia (JUR 2017\207144), demanda nº 69820/2010, pp. 29-34 (en cuyo p. 29 se indicó que aunque el desalojo llevaba decretado siete años, aun así debía entenderse la vivienda como domicilio a los efectos del art. 8 CEDH); de 21 de noviembre de 2017 (Sección 3ª) caso Panyushkiny contra Rusia (TEDH 2017\86), demanda nº 47056/2011, pp. 51-55; de 14 de diciembre de 2017 (Sección 5ª), caso Dakus contra Ucrania (JUR 2017\312638), demanda nº 19957/2007, pp. 47-53; de 17 de mayo de 2018 (Sección 5ª), caso Sadovyak contra Ucrania (JUR 2018\139837), demanda nº 17365/2014, pp. 32-35 y de 6 de febrero de 2018 (Sección 3ª) caso Valdgardt contra Rusia (JUR 2018\45172), demanda nº 64031/2016, pp. 31-34 (esta última en relación a la no aplicación del juicio de proporcionalidad a la hora de valorar el fallecimiento de la pareja del arrendatario).

Igualmente destacamos que el concepto de domicilio a los efectos del art. 8 CEDH puede interpretarse de forma amplia. Por interpretación de las SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Gillow contra Reino Unido (TEDH 1986\15), demanda nº 9063/1980 (p. 56) y de 25 de septiembre de 1996 (TEDH 1996\42) caso Buckley contra Reino Unido, demanda nº 20348/1992 (p. 54), se ha sintetizado que el domicilio, en tanto que hogar, es el lugar donde una persona o grupo se establecen, con su mobiliario y familia, viviendo en ella con el fin de tomarla como residencia permanente, y renunciando a cualquier otro lugar como domicilio. Ello implica que el ocupante debe vivir en el domicilio de forma continua, salvo por periodos cortos o motivos familiares, y no se haya establecido o tenga la intención de establecerse en otra residencia. En tales

condiciones se entiende que un espacio o residencia pasa a considerarse el hogar o domicilio habitual de una persona.

De hecho este concepto de domicilio, tendente a su ampliación, ha sido aplicado circunstancias tales como el desalojo sumario de un poblado gitano por un ayuntamiento británico en la STEDH de 27 de mayo de 2004 (JUR 2004\158847), caso Connors contra Reino Unido, demanda nº 66746/2001, pp. 92-95. En este caso se constata que, con independencia del estilo nómada de los individuos, son pregonables el deber de proporcionalidad antes de privar a una persona o grupo de su domicilio, con estricta observancia a sus garantías procesales y con justificación adecuada de la grave injerencia en el Derecho al respeto del domicilio (sin que quepa justificarlo en conceptos indeterminados como la existencia de una “necesidad social apremiante”).

La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se orienta, por su parte, a proteger la ágil recuperación de la puesta en posesión de los edificios ocupados ilegalmente frente a la ausencia de actuación por parte de las autoridades. Por ello en el derecho de respeto al domicilio no pueden entenderse subsumibles los casos de ocupación ilegal del inmueble, en cuyo caso se conculcaría el Derecho a un proceso equitativo.

Tal es la postura sostenida por la Sección Primera del TEDH en su Sentencia de 13 de diciembre de 2018, caso Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. contra Italia (demanda nº 67944/13). En tal caso la Sección Primera del TEDH entendió que, al abstenerse las autoridades judiciales italianas de tomar todas las medidas necesarias para cumplir con una decisión judicial definitiva y ejecutiva que ordenaba la puesta en posesión de una vivienda durante más de cinco años desde la ocupación ilegal se conculcó el art. 6-1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en las vertientes de Estado de derecho y seguridad jurídica. No se entendió admisible una demora tan prolongada, aun mediando razones de orden público o carácter social, pues además la empresa propietaria era responsable de los costos de energía de los ocupantes del inmueble (demostrándose que la misma tuvo que hacer frente a los 30.000 euros de coste de suministro de electricidad consumidos por los ocupantes más el impuesto a la propiedad).

## 2. El respeto a la vida familiar y su incidencia en el derecho de privación del domicilio.

La segunda dimensión a la que nos referimos es la relativa al respeto a la vida familiar. Se pone de relieve la dificultad de diferenciar este derecho (por la similitud) en relación al respeto a la vida privada (es decir, el derecho del individuo de un espacio en el que pueda desarrollar su personalidad sin intromisiones externas). Sí que debe diferenciarse del derecho a fundar una familia de los arts. 9 y 12 CEDH. En tal sentido

el art. 7 protege a las familias ya existentes<sup>562</sup>. En tal sentido puede interpretarse que el respeto a la vida familiar supone una proyección hecha sobre la base del respeto a la vida privada: el derecho a una familia a desarrollarse sin intromisiones externas.

De este modo el derecho a la vida privada o familiar tendría un doble carácter: de derecho de libertad (en el sentido de que la forma de vida debe ser respetada) y de derecho de protección (estableciéndose una obligación positiva para el poder público tendente al respeto efectivo de la vida privada)<sup>563</sup>. En algunos supuestos incluso se ha vinculado el derecho al respeto a la vida familiar con la observancia de las garantías procedimentales, como en la STEDH 23 septiembre 1994, caso Hokkanen contra Finlandia, TEDH 1994\35, demanda nº 19823/1992.

La delimitación de familia es amplia. No sólo incluye al matrimonio o situación de hecho asimilable, sino que igualmente incluiría a los hijos y la convivencia de abuelos y nietos (STEDH de 13 de junio de 1979, caso Marckx contra Bélgica, TEDH 1979\2, demanda nº 6833/1974, p. 16). Además se exige como requisito para la protección la existencia de una vida común, si que los derechos puedan atribuirse cuando el núcleo familiar vive separadamente (como se desprende de la STEDH de 23 de julio de 2002, Sección 3º, caso Taskin contra Alemania, JUR 2002\192423, demanda nº 56132/2000).

El interés a los efectos del presente estudio vendría a raíz de la asociación entre el derecho a la vida familiar y el derecho al respeto del domicilio. Aquí podría enmarcarse la ya aludida STEDH de 14 de marzo de 2017, caso Yevgeniy Zakharov contra Rusia. En la misma, se produjo el lanzamiento de un ciudadano ruso de una vivienda social tras el fallecimiento de la adjudicataria de la vivienda. La adjudicataria era la persona con quien había convivido el demandante durante los diez años anteriores, aunque se encontraba empadronado en el anterior domicilio, propiedad de su ex-esposa. A pesar de que el demandante había sido eliminado de su padrón anterior y podía constatar la convivencia en hogar común durante diez años el Tribunal Regional de Kaliningrado desestimó su pretensión de prorrogar el arrendamiento social puesto que el mismo no había solicitado en el padrón que figurara como residente del apartamento ni tampoco había solicitado que figurara su nombre en el contrato de arrendamiento como miembro de su familia. Y por tal razón se le consideró residente temporal y no familiar.

La fundamentación del proceso de desahucio se centró exclusivamente en el hecho meramente formal de que durante el tiempo de la convivencia el solicitante estaba empadronado en otro lugar de residencia y no solicitó ser eliminado de tal padrón sino en el momento de la muerte de su compañera sentimental. Por ello el TJUE constató una vulneración en el Derecho al respeto del domicilio a manos del el Tribunal

---

<sup>562</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Artículo 7. Respeto a la vida privada y familiar», cit., pp. 213 y 215.

<sup>563</sup> SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. Y OTROS, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, cit., p. 67.

Regional de Kaliningrado, que no concedió importancia a los intereses del derecho del demandante al respeto de su domicilio. Se entendió que el Tribunal concedió una importancia fundamental al hecho de que estaba empadronado en otro lugar, sin tratar de considerar las alegaciones del demandante relativas a su necesidad de una habitación. Por ello se entendió que no se ponderaron convenientemente los derechos enfrentados y por tanto no se respetó la proporcionalidad de la injerencia al derecho de al respeto de su domicilio (puntos 34-37 de Yevgeniy).

El caso Yevgeniy pone de relieve cómo el respeto a la vida familiar constituye un parámetro esencial a tener en cuenta a la hora de determinar una posible injerencia al Derecho de respeto del domicilio.

### 3. El respeto al domicilio y la vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre procedimientos nacionales de ejecución hipotecaria.

Paralelamente, el TJUE ha ido enlazando el derecho del respeto al domicilio y a la vida familiar en su jurisprudencia, al hilo de la aplicación del principio de efectividad a los procedimientos nacionales de ejecución hipotecaria.

Una de las primeras resoluciones en las que se ha apuntado a este resultado es la ya comentada Sentencia Aziz. En la misma se establece como criterio que justificaría una efectividad más completa y adecuada en el cese del uso de una cláusula abusiva fundamento del préstamo hipotecario ejecutado. Como afirma el ya señalado p. 61 de la Sentencia, esto ocurriría cuando el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia<sup>564</sup>.

De hecho, la doctrina que a continuación citaremos (MICKLITZ y REICH) ha puesto de manifiesto el hecho de que la Sentencia Aziz ha supuesto la tentativa de configurar una suerte de “constitucionalización oculta” del Derecho privado en el Derecho de la Unión Europea. Aunque ni el Abogado General Kokott (que conoció el asunto C-415/11) ni el propio TJUE en su sentencia se refieren al respeto al domicilio del art. 7 CDFUE, ni siquiera como mero principio al amparo del art. 52 CDFUE, le concedió a la protección del domicilio una dimensión más profunda. El TJUE confirma

---

<sup>564</sup> Así lo ha señalado la doctrina, al resaltar que el principal efecto práctico de dicha sentencia ha sido el reconocimiento de los derechos al respeto de la vida familiar y privada y el derecho a la vivienda, en el derecho aplicado por la Unión, vid. IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis: Aziz v. Catalunyaixa», cit., p. 974, aunque de forma indirecta al no aludir expresamente a tales derechos.



esta lectura, y agrega un elemento constitucional aún más fuerte: destaca que el objetivo general para el cual se otorgó el préstamo fue la vivienda, el establecimiento del hogar familiar.

Aun así en un primer momento no lo extiende. La razón es que si el TJUE hubiese reafirmado abiertamente esta dimensión constitucional en la Sentencia Aziz hubiese entrado en conflicto con la posición del Tribunal Constitucional español (cuya postura es la compatibilidad del proceso con la tutela judicial efectiva<sup>565</sup>). Además, la Directiva 93/13 (fundamento jurídico principal invocado por la jurisprudencia del TJUE) es anterior a la promulgación del CDFUE. Pero el aspecto verdaderamente puesto de relieve la doctrina como riesgo es el hecho de que el TJUE no puede convertir cada conflicto de Derecho privado en un conflicto constitucional<sup>566</sup>, y sería consciente de ello.

Tal criterio -la protección del domicilio familiar-, fue decisivo para que el TJUE descartase la consecuencia que confería el ordenamiento procesal como mecanismo de protección al consumidor, cual era una indemnización por daños y perjuicios (una vez tramitado el proceso declarativo de fondo en el que se pretendiese la nulidad de las cláusulas). Si bien en abstracto constituía una opción resarcitoria, se entendió inadecuada para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda familiar (p. 61 de Aziz).

En base a tal planteamiento la protección de la vivienda familiar fue entendida por el TJUE como un interés digno de protección, y por lo tanto se amparó bajo el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea en aplicación de la normativa de consumo, siendo además, y como se ha comentado, materia de orden público comunitario.

Otra Sentencia en el que se pone de relieve la necesidad de proteger la vivienda familiar fue en el asunto C-169/14 (caso Sánchez Morcillo I), y en concreto el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2014. En el, se estimó la solicitud de que el asunto C-169/14 se tramitase mediante el procedimiento acelerado previsto en el artículo 23 bis del Estatuto del TJUE y en el artículo 105-1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Entre otras razones que justificaron la tramitación mediante el procedimiento acelerado se destacó, en el p. 11 del Auto, que además del número de deudores hipotecarios afectados, el riesgo que corre el propietario de perder su vivienda habitual le situaba, junto con su familia, en una situación particularmente delicada. En el p. 43 de la Sentencia Sánchez Morcillo I se

---

<sup>565</sup> Entre otras, Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 41/1981 de 18 de diciembre (RTC 1981\41), o Auto del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 113/2011 de 19 julio (RTC 2011\113 AUTO).

<sup>566</sup> MICKLITZ, H. Y OTROS, «The court and the sleeping beauty: the revival of the unfair contract terms directive (UCTD)», cit., pp. 800-802.

volvió a insistir en el riesgo de pérdida de la vivienda, como consecuencia de la desestimación de la oposición a la ejecución hipotecaria planteada por el consumidor<sup>567</sup>.

No obstante en la Sentencia Sánchez Morcillo tampoco se aludió directamente a la CDFUE. La ausencia de extensión a la CDFUE se ha atribuido a la falta de “autonomía relacional”. Según algunos autores, la aplicación de un derecho fundamental recogido en la CDFUE debe vincularse a una esfera de actividad concreta que sean competencia o misión de la Unión (en el caso al que aludimos, las relaciones con el consumidor). Por tanto, el derecho fundamental vulnerado sólo se atendería en relación a la contribución a estas esferas de actividad. A juicio de los autores que citamos en el caso Sánchez Morcillo no medió relación directa con la esfera de Derecho de consumo en lo que respecta a la propiedad del hogar. Por lo tanto la sentencia no se pronunció, en términos de cómo la CDFUE o el propio Derecho de la Unión podía proteger el derecho a la propiedad de la vivienda<sup>568</sup>.

Una de las sentencias más trascendentales en esta materia es la igualmente ya citada Sentencia Kušionová del TJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13). En la misma, se pone de relieve la necesidad de introducir un criterio de proporcionalidad a la hora de establecer la sanción a las infracciones de Derecho de la Unión, con especial atención en los supuestos en los que el bien objeto del procedimiento de ejecución de la garantía hipotecaria es el inmueble que constituye la vivienda familiar del consumidor (puntos 62-66).

En los casos en los que en el procedimiento principal sustanciado ante los órganos jurisdiccionales de los Estados es una vivienda familiar, el TJUE es consciente de que no sólo se lesionan (gravemente) los Derechos de los consumidores, protegidos por el Derecho europeo de consumo. La pérdida de la vivienda familiar igualmente, constituye una grave lesión del Derecho al respeto del domicilio, haciendo el TJUE suya la jurisprudencia del TEDH en las sentencias McCann y Rousk antes comentadas. Y como consecuencia de las mismas se extrae la necesidad de obtener el exámen de la proporcionalidad de la medida de privación de domicilio ante su riesgo.

Por ello en Kušionová el TJUE declara que en el Derecho de la Unión Europea, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 CDFUE que los tribunales remitentes debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13 (p. 65 de la Sentencia comentada). Esto es trasladable a todos en aquellos procedimientos en los que, en aplicación del Derecho de la Unión, pueda constatar el riesgo de la pérdida de vivienda, aplicado por el TJUE en especial a los procedimientos nacionales de ejecución de un préstamo garantizado con hipoteca.

---

<sup>567</sup> Para la doctrina, en la Sentencia Sánchez Morcillo I el TJUE comprobó una autonomía o relación existente entre el contrato de consumo y el hogar o vivienda, fundamental para el bienestar del individuo. CHALMERS, D. Y TROTTER, S., «Fundamental Rights and Legal Wrongs: The Two Sides of the Same EU Coin», *European Law Journal*, vol. 22, 1, 2016, p. 37.

<sup>568</sup> *Ibid.*, pp. 37-38; si bien los autores critican la desprotección legal de personas en situación de especial vulnerabilidad, como es el caso de los deudores hipotecarios.

De las comentadas resoluciones se extrae una conclusión clara: en los supuestos en los que se invoquen derechos sustantivos originados en el Derecho de la Unión y exista un riesgo de pérdida de la vivienda familiar o el domicilio particular, el principio de efectividad adquiere una dimensión reforzada. El TJUE asume por ósmosis jurisprudencial el Ordenamiento del Consejo de Europa (concretamente del CEDH), cristalizado en el art. 7 de la propia CDFUE, y en su virtud extiende la eficacia de las normas y actos de la Unión a un fin concreto, como es la protección del domicilio y la protección de la vida familiar. Por ello hace suya la dimensión protectora sobre el domicilio familiar, extremo que se traslada tanto al juez nacional aplicador del Derecho de la Unión como a los legisladores procesales de los diferentes Estados miembros.

De este modo, en base al propio principio de efectividad, los jueces nacionales deben contar con los mecanismos adecuados para suspender o contrarrestar un procedimiento interno cuando la concesión de dichos mecanismos (como, por ejemplo, medidas cautelares de naturaleza suspensiva) se manifiesten necesarias para garantizar la efectividad de la protección del Derecho europeo y una vivienda familiar pueda verse en riesgo de pérdida.

El CEDH es vinculante tanto para los Estados que lo han firmado como para la Unión Europea que se adhiere al mismo en el art. 6-2 TUE. Además, al coincidir el derecho que hemos comentado con el correlativo previsto en la CDFUE, la obligación de observancia y respeto del derecho de respeto al domicilio y la vida familiar adquiere un matiz genuino de Derecho de la Unión, que necesariamente habrá de condicionar la aplicación del Derecho de la Unión en los ámbitos cubiertos (como se ha hecho para el supuesto de la vivienda familiar).

Tales circunstancias constituirán un elemento de necesaria referencia tanto para los legisladores procesales nacionales a la hora de configurar el Derecho procesal interno como para los propios jueces y magistrados, que en no pocas situaciones se verán obligados a desaplicar el Derecho procesal nacional o plantear cuestiones prejudiciales aclaratorias en supuestos donde se vea en peligro la pérdida de la vivienda habitual e interfiera el propio Derecho de la Unión.

Lo anteriormente expuesto conduce a otra idea esencial, ya declarada por el TJUE: resulta una herramienta muy garantista para el juez nacional la aplicación del principio de proporcionalidad a la hora de aplicar los límites que impone el Derecho de la Unión al Derecho procesal nacional de ejecución hipotecaria.

De hecho, la doctrina ha planteado el control de proporcionalidad como un parámetro a tener en cuenta respecto a la adecuación del principio de efectividad. Es así que constituiría un elemento a tener en cuenta para enjuiciar o valorar el carácter contrario de la legislación española con el Derecho comunitario. El fin del principio de efectividad sería evitar que el derecho nacional desvirtúe las garantías del Derecho comunitario. Un ejemplo planteado es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 1989, asunto C-265/88, caso Messner. En el mismo, ante el incumplimiento de una formalidad de naturaleza administrativa (comunicación

de la declaración de llegada para residentes comunitarios) se impone una pena de prisión. El TJUE entiende que esta disposición penal es desproporcionada y constituiría un obstáculo y desincentivación a la libre circulación de trabajadores (p. 14 de Messner). En estos casos la equivalencia y efectividad no actuarían como canon independiente, sino en conjunto de la proporcionalidad que habría de aplicarse en su nivel máximo de protección<sup>569</sup>.

Como igualmente sostiene la doctrina, las normas nacionales que se exponen bajo el prisma del principio de efectividad son, por norma general, disposiciones de carácter sancionador penal u administrativo. En el caso que nos ocupa, puede ser trasplantable también a una situación jurídica claramente perjudicial para la esfera jurídica personal del sujeto y demandante de garantías como el proceso español de ejecución hipotecaria. Por ello la postura del TJUE ha sido la de demostrar una especial sensibilidad, estableciendo una relación entre la efectividad, la proporcionalidad y la sanción nacional (o proceso perjudicial para el justiciable). En los casos en los que se valoran ambos conceptos el TJUE divide dicho análisis bajo dos parámetros, a juicio de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO. Por un lado se valoraría la sanción (o circunstancia perjudicial para el individuo<sup>570</sup>) en sí misma y la libertad comunitaria que resultaría conculcada con la misma. Por otro, de entenderse producida tal sanción o circunstancia perjudicial, se evaluaría la legalidad de la consecuencia jurídica bajo el terreno del principio de efectividad y proporcionalidad. Este planteamiento se ha aplicado especialmente en el ámbito de extranjería por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 1980, asunto C-157/79 caso Regina/Pieck, en el que se declaró la desproporción de una pena de prisión en la legislación británica por no encontrarse el particular en posesión del permiso de residencia. En tal caso se entendió que el delito de por sí era desproporcionado a la gravedad de la infracción, amén de contrario a Derecho comunitario y obstructor de la libre circulación de personas (19 de Regina/Pieck).

Como sostiene el autor que comentamos, el TJUE establece un criterio de estricta necesidad. Es preciso buscar la medida menos restrictiva o gravosa aplicable al caso. El principio de efectividad exaspera la proporcionalidad elevando el estándar de protección, ya que la disposición normativa nacional limita el ejercicio de derechos comunitarios que son cruciales para el proceso de integración económica europea. Y todo ello provoca una graduación en la aplicación del derecho nacional. Por ello la

---

<sup>569</sup> SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, cit., pp. 661-662. Para CALAZA LÓPEZ, S., «El principio de los principios procesales: principio de proporcionalidad», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen I*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 550-551, el principio de proporcionalidad se dividiría en otros dos esenciales: el de legalidad (ante la comisión de una infracción normativa es preciso recurrir a la ley) y de justificación teleológica (ante esa infracción es necesario orientar la injerencia del Estado en la esfera de derechos, ya que si tal injerencia no se pudiese controlar, no persiguiese una finalidad legítima o dicha finalidad fuese innecesaria, inconveniente, irrelevante o ilegítima, resultaría inadecuada o arbitraria).

<sup>570</sup> Entre las que podría llegar a interpretarse el inicio de un proceso de ejecución forzosa contra la vivienda habitual, si bien el planteamiento de la jurisprudencia del TJUE se orienta a sanciones de naturaleza penal o administrativa.

jurisprudencia del TJUE no tendrá un efecto de inaplicación total de la normativa nacional que atente *prima facie* contra el Derecho de la Unión, sino que buscará la moderación de la intensidad de la norma nacional con el principio de proporcionalidad<sup>571</sup>.

Esta cuestión se acrecenta cuando median Derechos fundamentales y humanos en juego. En tal caso el principio de proporcionalidad se convierte en una herramienta de control, con la consiguiente elevación del estándar de protección<sup>572</sup>.

De este modo, ¿resultaría aplicable esta lógica al proceso nacional de ejecución hipotecaria? La respuesta es afirmativa. Desde el momento en que el proceso español de ejecución hipotecaria tenga consecuencias tan impactantes en la esfera socioeconómica del particular, como lo constituye la vivienda habitual, con la posible vulneración del Derecho fundamental al respeto al domicilio e interfiera la posible aplicación de un derecho de índole comunitaria estaría más que justificado. La proporcionalidad obligaría, de la mano de la efectividad, a respetar todas las cautelas impuestas por el TEDH, con sujeción a todas las garantías procesales internas (tanto las expresamente previstas en la legislación procesal como aquellas que no supongan un obstáculo para la plena aplicación del Derecho de la Unión). Y de esta forma se entendería que el lanzamiento producido a consecuencia de una ejecución hipotecaria sobre una vivienda no se considere injerencia de la autoridad pública en base a lo dispuesto en el art. 8-2 CEDH.

Por ello, la posibilidad de que el Derecho procesal nacional no plasme todas las garantías que supongan un obstáculo para la plena aplicación del Derecho de la Unión (amén de las propias del TEDH ya señaladas en el presente capítulo) y en especial a la vivienda familiar puede constituir el consiguiente atentado al deber de proporcionalidad que exigen tanto el TEDH como el TJUE.

Es por ello por lo que, a nuestro juicio, el legislador nacional español deberá ser especialmente cauteloso a la hora de regular el procedimiento español de ejecución hipotecaria, y por extensión todos aquellos otros que impliquen el riesgo de pérdida de la vivienda, introduciendo la nota de la proporcionalidad (como el proceso de ejecución forzosa general, el sumario de desahucio o el proceso de recuperación de una vivienda ilegalmente ocupada recientemente establecido con la Ley 5/2018, de 11 de junio). Ello implica además la necesidad de dar un estatuto jurídico especial en el proceso a la vivienda habitual, y en concreto establecer garantías como la suspensión del desalojo del inmueble que constituya vivienda habitual hasta que se resuelva el proceso en el que se discuta la titularidad del inmueble o su posesión con carácter definitivo y firme.

En este sentido el legislador ha sido sensible a la protección de la vivienda habitual, con medidas legislativas específicas entre las que se incluyen la suspensión de lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables

---

<sup>571</sup> SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, cit., pp. 662-664.

<sup>572</sup> *Ibid.*, pp. 664-665.

efectuada con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, prorrogado por medio del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo. No obstante, entendemos que para cumplir las exigencias de protección de la vivienda habitual conforme a los textos internacionales de Derechos humanos se desprenden varias notas que deberían condicionar o tenerse en cuenta en esta voluntad legislativa: (1) por un lado, la protección del derecho de respeto a la vivienda debe ser permanente y no temporal, en tanto a que la vigencia del CEDH es igualmente permanente; (2) por otro lado el ámbito personal del art. 8 CEDH es extensible a toda persona bajo la jurisdicción del Reino de España con independencia de si se trata o no de un colectivo especialmente vulnerable. Destacamos igualmente que la suspensión del lanzamiento tiene por qué ser permanente, sino condicionada a que el proceso que implique la pérdida de la vivienda sea firme tras las eventuales impugnaciones que pueda hacer el particular. Todo ello con independencia de que el legislador quiera dar un estatuto especial a las persona pertenecientes a colectivos especialmente vulnerables, pero atendiendo a los mínimos que señalamos en este párrafo.

### III. EL ARTÍCULO 38 DE LA CDFUE: LA GARANTÍA DE UN NIVEL ELEVADO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN.

El artículo 38 de la CDFUE establece que “*Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores*”. Este artículo debe leerse en línea con los artículos 4-2-F, 12 y 169 del TFUE, principales preceptos destinados a exigir la protección de los consumidores en el marco de la Unión Europea.

El referido artículo 38 no contempla, como tal, un Derecho fundamental, sino que establece un principio inspirador de las instituciones de la Unión Europea<sup>573</sup>. Aun así, este precepto constituye la reafirmación de una posición cada vez más relevante de la protección de los consumidores en la Unión Europea. Además, la implantación en el territorio de la Unión del mercado interior favorece el desarrollo del comercio, y por ello la Unión asume que debe protegerlos en cuanto a parte débil de las múltiples relaciones del mercado comunitario<sup>574</sup> (como aspiración al buen funcionamiento de dicho mercado interior).

---

<sup>573</sup> O, como ha delimitado la doctrina, de carácter informador, en línea con el establecido en el art. 51 de la Constitución Española. Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., «La protección del consumidor como principio general del derecho», *Estudios sobre consumo*, vol. 73, 2005, p. 55 y ss.

<sup>574</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., «Artículo 38. Protección de los consumidores», en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. (coords.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, p. 634. No obstante, se pone de relieve que puede haber tensiones entre la realización del mercado interior y la protección de los consumidores motivado, entre otros aspectos, por los diferentes tipos y perfiles de consumidores (desde el que practica el consumo tradicional, al que trata de maximizar sus beneficios); y la presunción de la vulnerabilidad del consumidor (que no se presenta absolutamente en todos los casos), como presupuesto para que las autoridades públicas puedan intervenir el mercado, como refleja LOBOCKA-POGUNTKE, I.,

En este contexto pueden destacarse las voces que reclaman el establecimiento de criterios claros para garantizar el estándar uniforme de protección de los derechos fundamentales de la Unión y lograr un equilibrio justo entre los derechos en competencia del consumidor como ciudadano y el profesional como empresario<sup>575</sup>.

Como se ha visto anteriormente el acervo comunitario en materia de consumo es bastante amplio, pero en lo que respecta al precepto que analizamos debemos tener en cuenta que estamos ante un principio inspirador más que un derecho fundamental con contenido propio e individualizable en el propio consumidor. Por eso es preciso analizar cómo se ha aplicado este precepto en lo que respecta a la materia específica del presente trabajo, cual es la compatibilidad del proceso de ejecución con el Derecho de la Unión.

Una referencia a tener en cuenta es la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de de 27 de febrero de 2014, asunto C-470/12, caso Pohotovost'. En el p. 52 de esta sentencia se afirma que el art. 38 CDFUE constituye un imperativo que rige la aplicación de la Directiva 93/13. No obstante, en el caso que aludimos, al no existir en la Directiva 93/13 ninguna disposición normativa que estableciese el derecho concreto que las partes de la cuestión prejudicial invocaban en sede nacional<sup>576</sup> se entendió que el artículo 38 CDUFE no podía imponer una interpretación de la Directiva 93/13 en el sentido de que hay de reconocerse tal derecho.

La primera aplicación que encontramos directamente al campo de la ejecución hipotecaria es en el ya comentado caso Kušionová, C-34/13. El TJUE continúa no atribuyendo excesiva virtualidad al art. 38 CDFUE. En tal sentido en su p. 45 establece que aunque la primera cuestión prejudicial del asunto tramitado únicamente mencionaba el artículo 38 CDFUE, la petición de decisión prejudicial se refería en sustancia al art. 47 CDFUE, precepto este último que el juez remitente citó entre los factores pertinentes del Derecho de la Unión en los que se fundamentó el escrito de petición de decisión prejudicial. De este modo el TJUE recondujo la cuestión para someterlo a la óptica del art. 47 CDFUE y no del 38, en base a que las cuestiones planteadas trataban de determinar el grado de protección de los consumidores y los medios de recurso jurisdiccional de los que disponen éstos. Por ello el TJUE integró *motu proprio* el art. 47 CDFUE entre los instrumentos del Derecho de la Unión cuya interpretación solicitaba el tribunal remitente.

A este respecto, debemos señalar que aun tratándose la protección de los consumidores de un principio inspirador, ha servido de base a los tribunales nacionales para argumentar la aplicación del Derecho europeo de los consumidores en ausencia de cauces jurídicos procesales específicos. Tal es el caso del art. 51-1 de la Constitución

---

*The Evolution of EC Consumer Protection in the Field of Consumer Credit*, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2012, p. 249.

<sup>575</sup> DELLA NEGRA, F., «The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová», *Common Market Law Review*, vol. 52, 2015, p. 1032.

<sup>576</sup> En el caso Pohotovost' el derecho de las asociaciones para la defensa de los consumidores a intervenir en los litigios individuales que afecten a un consumidor.

Española, el cual constituye un principio rector de la política social y económica en el sistema constitucional español y alcance similar al art. 38 CDFUE: “*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”. Sobre este precepto, y con carácter previo a la promulgación y entrada en vigor de la Ley 1/2013 muchos jueces y magistrados españoles entraron a examinar de oficio escrituras de préstamo hipotecario en búsqueda de posibles cláusulas abusivas<sup>577</sup>. No obstante, el alcance de los principios rectores de la política social y económica es vinculante sólo para los poderes públicos (art. 53-1 de la Constitución Española) y su respeto y protección simplemente informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53-3). Su alcance en Derecho constitucional interno español, al igual que el principio inspirador europeo, es restringido<sup>578</sup>. Y en este caso fue el cauce que los tribunales españoles siguieron para aplicar el Derecho de la Unión, desde el punto de vista de la interpretación conforme. Por ello, es difícilmente sostenible la habilitación del principio inspirador (en el plano europeo) o del principio rector de la política social económica (en el plano constitucional español) para establecer nuevos derechos o cauces jurídicos más allá de la estricta aplicación y necesidades del Derecho de la Unión Europea con rango de orden público comunitario.

De este modo, de la lectura de los casos Pohotovost' y Kušionová se extrae un primer parámetro interpretativo, en línea con lo ya sostenido por la doctrina en lo que respecta al comentado artículo como principio inspirador y no como Derecho fundamental: el art. 38 CDFUE no permite de por sí, con su mera invocación, reconocer derechos que no vengan reflejados en la Directiva 93/13 o los Tratados, ni brinda interpretaciones extensivas tendentes a tal reconocimiento. Como principio inspirador podrá invocarse, pero siempre asociado con otro de los Derechos contenidos en la CDFUE de los que el propio precepto prevea su aplicación directa frente a los justiciables de la Unión.

#### IV. EL ARTÍCULO 47-1 DE LA CDFUE: EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS DERECHOS Y LIBERTADES GARANTIZADOS POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

---

<sup>577</sup> CABRERA MERCADO, R., «Ejecución hipotecaria y control de oficio por el juez español de las cláusulas abusivas», cit., p. 288, o GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La reforma de la ejecución y del desahucio hipotecarios*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 102 y ss.

<sup>578</sup> De hecho, pueden destacarse la existencia de condenas penales a magistrados que han anulado procedimientos de ejecución hipotecaria basándose en cuestiones de fondo, al impedir dicho procedimiento el planteamiento y discusión de tales cuestiones en la legislación vigente antes de la Ley 1/2013. Vid. Sentencia de la Sala de los Penal del Tribunal Supremo de España núm. 806/2004 de 28 junio (RJ 2004\5074).



El art. 47-1 de la CDFUE establece que “*Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo*”.

El artículo comentado, como ya debatimos en el punto correspondiente, guarda gran identidad con la tutela judicial efectiva que se desprende del principio de efectividad, hasta el punto de que se ha generado gran controversia doctrinal sobre la sustitución o adición de dicho derecho respecto del contenido. Como hemos sostenido, si bien el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE es muy similar en sus efectos sobre la legislación procesal y actuación de los órganos jurisdiccionales con el principio de efectividad, responden a fundamentos jurídicos distintos aunque coinciden parcialmente en cuanto a su contenido. Sin embargo el TJUE los ha aplicado en materia de ejecución hipotecaria de forma conjunta (como en los comentados casos Sánchez Morcillo I y Kušionová). Resaltamos de este modo el carácter asociativo o aditivo de dichos fundamentos jurídicos: del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por ello en el presente epígrafe procederemos a un análisis del Derecho fundamental regulado en el art. 47.1 CDFUE, así como los pronunciamientos más importantes del TJUE.

Como cuestión preliminar, es preciso destacar la similitud del art. 47-1 con el Derecho a un recurso efectivo del art. 13 del CEDH: “*Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales*.”. Si bien en el art. 13 del CEDH el Derecho al recurso efectivo se prevé en exclusiva para los derechos del CEDH, y se limita a un examen sobre la violación del derecho (en tal sentido el art. 47 CEDH no se limita al número de exámenes ni instancias nacionales internas bajo la alusión genérica a la “tutela judicial efectiva”) no puede obviarse la inspiración del legislador comunitario en el precepto del CEDH a la hora de configurar el catálogo de Derechos fundamentales de la CDFUE. Por ello se afirma que la protección que concede el art. 47 CEDH es más amplia que la del art. 13 CEDH, ya que su ámbito de aplicación es más amplio, aplicándose a toda persona que quiera hacer valer un derecho que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión bien sea ante el TJUE o ante los tribunales nacionales<sup>579</sup>.

Al establecer el art. 47-1 CDFUE el tenor de “*derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión*” al carecer de ulteriores calificaciones tendría entonces la intención de aludir no ya a los derechos subjetivos en un sentido propio,

---

<sup>579</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., «Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. (coords.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, p. 742-743.

sino a todas las posiciones jurídicas individuales protegidas por el Derecho comunitario<sup>580</sup>. Este principio se aplicaría igualmente a los Estados miembros cuando aplican el Derecho comunitario, con arreglo los cauces procesales previstos en los Tratados sin que el art. 47 los modifique<sup>581</sup>.

Podemos señalar un precedente de la configuración de este Derecho fundamental en el punto 34 del Informe del Grupo de Reflexión constituido por mandato del Consejo Europeo para preparar la reforma del Tratado CE en la Conferencia Intergubernamental de 1996<sup>582</sup>. En la misma se puso de manifiesto la necesidad de garantizar las reclamaciones de personas físicas individuales en materia de Derechos humanos, y en base a un catálogo de derechos propio de la Unión (punto 35 del Informe).

Destacamos, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de junio de 2013, asunto C-93/12, caso *Agrokonsulting-04*. En el mismo se planteó, como primera cuestión prejudicial, si debía interpretarse el principio de efectividad desarrollado por la jurisprudencia del TJUE y el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta en el sentido de que se oponen a una disposición procesal nacional búlgara que vinculaba la competencia judicial en litigios contencioso-administrativos relacionados con la ejecución de la política agrícola común de la Unión Europea a una fuero territorial que consideraba la situación de los terrenos ni el lugar de residencia del justiciable. El hecho que traía causa del procedimiento nacional era la impugnación judicial de una denegación de solicitud de ayuda en el marco de la política agrícola común, en cuyo marco se planteó un conflicto de competencia territorial. De entrada vemos cómo el órgano remitente nacional (el *Administrativen sad Sofia-grad*) articuló de forma conjunta tanto el principio de efectividad como el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y el mismo TJUE lo resuelve por separado, si bien resuelve en primer lugar el juicio de conformidad al principio de efectividad (en el sentido de que la norma procesal nacional no se oponía al principio de efectividad).

En lo que concierne al Derecho fundamental del art. 47 CDFUE el TJUE se detiene en los tres últimos puntos de su fundamentación (59-61). En primer lugar califica a dicho Derecho fundamental como una reafirmación del principio de tutela judicial efectiva. Como tal se consideraría como un principio general del Derecho de la Unión que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (como se comentó al hilo del caso *Johnston*) y que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH. En el caso en cuestión a juicio del TJUE no resultaba que un justiciable se viese privado de un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional para defender los derechos que le confiere el Derecho de la Unión. Es decir, que por el hecho de que el fuero territorial no fuese el del lugar de residencia del justiciable ni el de la situación de

---

<sup>580</sup> TROCKER, N., *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 156.

<sup>581</sup> DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de estudios regionales*, vol. 59, 2001, pp. 258-259.

<sup>582</sup> SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG 96) - EU Law and Publications. Informe del grupo de reflexión y otras referencias documentales», cit., p. 43.

sus terrenos se obstaculizaba la ejecución de la política agrícola común de la Unión Europea en caso de impugnación judicial. Y como se había valorado antes en relación al principio de efectividad, había de valorarse si el derecho podía o no hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el Derecho de la Unión, aspecto que no sucedía en *Agrokonsulting*<sup>583</sup>.

Esta posición implica un sentido contrario a lo ya declarado para el Derecho europeo de consumo de la Directiva 93/13 (véase en contraposición el caso *Océano*, C-240/98). Pero como hemos comentado el Derecho europeo de consumo debe entenderse incluido en una categoría de normas de orden público comunitario, lo que lo asimila a una especie de “rango constitucional europeo” y dota de una mayor fuerza imperativa. Por lo tanto se contempla la posibilidad, como así lo ha apreciado la propia jurisprudencia del TJUE que hemos citado en anteriores apartados, que el tratamiento por los órganos jurisdiccionales sea diferente.

De *Agrokonsulting* puede extraerse una idea muy importante. El TJUE hace una valoración más profunda sobre la efectividad de la tutela judicial en lo que respecta al análisis del principio de efectividad. Aun siendo el art. 47 CDFUE un Derecho fundamental del ordenamiento europeo, el principio de efectividad se consolida como principio general y esencial del Derecho de la Unión cuya aplicación al caso concreto implica el principal nodo de discusión jurídica.

Siguiendo con la extensión del art. 47 CDFUE debemos volver remitirnos a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de febrero de 2014, asunto C-470/12, caso *Pohotovost*<sup>5</sup>. La cuestión prejudicial se centró en el hecho de si el artículo 37-1 y 3, del Código de ejecuciones eslovaco se adecuaba al Derecho europeo de consumo (artículos 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13) en relación a los artículos 38 y 47 CDFUE. Dicho artículo del Código de ejecuciones eslovaco no permitía a una asociación para la defensa de los derechos de los consumidores intervenir en un procedimiento de ejecución de un laudo arbitral firme tramitado en contra de un consumidor particular.

En este caso el TJUE interpretó que si bien la Directiva 93/13 exige una intervención positiva y ajena a las partes del contrato por parte del juez nacional, este deber no cabía extenderse a la negativa a admitir la intervención de una asociación en apoyo de un consumidor. Este hecho se interpretó que no era constitutivo de

---

<sup>583</sup> Se proporcionaron tres argumentos para descartar la conculcación del principio de efectividad. En primer lugar, si el particular debía comparecer personalmente en el procedimiento sustanciado ante un fuero territorial distante. En el caso *Agrokonsulting* no era necesario. En segundo lugar, si el proceso se complicaba por el hecho de encontrarse las parcelas lejos del lugar de enjuiciamiento. Se entendió que, al primar la prueba pericial, la inspección de las parcelas agrarias mediante una visita a los terrenos muchas veces no tendrá gran utilidad a efectos de comprobar la utilización precisa (ya que las conclusiones del perito se entregaban al juez). En tercer lugar, que el plazo de contestación era de entre seis y ocho meses, lapso de tiempo que no resultó desproporcionado para el TJUE. Y por último argumento se justificó el hecho de que un órgano jurisdiccional centralizado, especializado en la materia correspondiente (ayudas agrícolas), podía garantizar una práctica uniforme en todo el territorio nacional. Por lo tanto no se conculcó el principio de efectividad, al no hacerse excesivamente difícil el ejercicio de los Derechos de la Unión.

vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor. Tampoco se entendió que fuese equiparable a la prestación de asistencia jurídica gratuita a quienes no dispusiesen de recursos suficientes (p. 53 de Pohotovost'). De este modo se entendió que la normativa controvertida eslovaca no volaba el principio de efectividad en relación con el art. 47 CDFUE.

De forma similar al principio informativo del art. 38 CDFUE sobre el elevado nivel de protección de los consumidores, el p. 53 de Pohotovost' traslada al art. 47 CDFUE la necesidad de que el Derecho de la Unión Europea en concreto (primario o secundario) establezca un derecho concreto como presupuesto para aplicar dicho artículo. En ausencia de la existencia del derecho en concreto la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE no puede justificar una interpretación creadora en el sentido que reconozca tal derecho. Esta limitación choca, por ejemplo, con los efectos creativos del TJUE en relación al principio de efectividad en derecho de consumo (del que se extrae, sin regularse expresamente ni en el Derecho primario ni el secundario europeo, el deber de control de oficio de los órganos jurisdiccionales nacionales).

Partiendo de este límite a sus efectos, en el Derecho de ejecución hipotecaria el Derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE ha adquirido un matiz diferente. Tal matiz tendría un sentido orientativo de la interpretación del Derecho sustantivo de la Unión. Así sucede en la comentada Sentencia Sánchez Morcillo I, en la que en base al criterio establecido en la igualmente comentada Sentencia Banif Plus se interpreta que los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial, consagrada igualmente en el artículo 47 CDFUE, que el juez nacional debe observar (p. 35 de Sánchez Morcillo I). El TJUE llega a interpretar que la normativa española (art. 695 LEC en su redacción antigua) era contraria a los principios de igualdad de armas o de igualdad procesal, que a su vez formaba parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables (p. 48 de Sánchez Morcillo I). A pesar de ello la *ratio* principal en base a la cual se interpretó la inadecuación del referido precepto procesal español al Derecho de la Unión fue por la disminución del principio de efectividad en materia de consumo del art. 7-1 de la Directiva 93/13 –eso sí, interpretado de conformidad con el art. 47 CDFUE– (puntos 50-51 de Sánchez Morcillo I).

En la Sentencia Sánchez Morcillo I, aunque el principio de tutela judicial efectiva parezca adquirir mayor virtualidad, se confirma lo declarado en Pohotovost': el art. 47-1 CDFUE tiene unos efectos interpretativos y orientadores del Derecho sustantivo de la Unión, y no pueden ampliar su contenido más allá de los mismos límites del propio Derecho sustantivo europeo.

A diferencia del principio de efectividad, que llega a romper las ataduras de dichos derechos sustantivos expandiéndolos más allá de sus límites incluso sobrepasando la propia atribución de competencias a la Unión, los derechos de la Carta

quedan en todo caso encorsetados por el art. 51 CDFUE<sup>584</sup>. Y es que como confirma el propio TJUE en su Auto de la Sala Novena de 7 de mayo de 2015 (asunto C-608/14, caso Pondiche) las disposiciones de la CDFUE no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados, ratificando el estrecho margen de actuación de la CDFUE.

#### V. EL ARTÍCULO 6-1 DEL CEDH Y 47-2 DEL CDFUE: EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO.

El primer párrafo del artículo 6-1 del CEDH establece el llamado derecho a un proceso equitativo: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”*.

Este artículo guarda una gran similitud con el art. 47-1 CDFUE, en la que se basa: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”*.

El principio del derecho al proceso equitativo o *due process* ha tenido un indudable ámbito de impacto tanto en los países de impronta anglo-americana o de *Common Law* (enmiendas V y VI de la Constitución de los Estados Unidos), como en el ámbito europeo a través del art. 6-1 CEDH<sup>585</sup>. En el ámbito europeo este principio al proceso equitativo ha adquirido un carácter supranacional a partir de la Revolución francesa, dada la tradición jurídica común a pesar de la diversidad de ordenamientos jurídicos de los estados de Europa<sup>586</sup>.

Como diferencia preliminar cabe comenzarse con el ámbito de aplicación. El derecho del art. 47 se basa en un ámbito de aplicación más amplio, no restringido a los

---

<sup>584</sup> Como aclara la doctrina, el examen de las situaciones que entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y que atentan contra los derechos fundamentales nacionales, aun cuando se refieran a cuestiones estatales adoptadas en ese ámbito, podría menoscabar la eficacia del Derecho de la Unión. Vid. BAQUERO CRUZ, J., *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, cit., p. 150.

<sup>585</sup> VOGLER, R., «Due process», en ROSENFELD, M. y SAJÓ, A. (coords.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 943-946.

<sup>586</sup> GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. Y LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 33-35.

ámbitos civil y penal (como sí hace el CEDH)<sup>587</sup>. No obstante, la norma del CDFUE se limita a las competencias atribuidas por la Unión Europea como clarifica el art. 51 de la propia CDFUE<sup>588</sup>. Salvo el ámbito de aplicación, las garantías que contemplan ambos preceptos se aplican de manera similar<sup>589</sup>.

Entre otras garantías tradicionalmente unidas a la idea de proceso equitativo en sede europea la doctrina recalca que el reconocimiento más frecuente ha sido para el derecho a la defensa, que como manifestación del principio *auditur et altera pars*, debe estar garantizado no sólo para los procesos judiciales sino también para los procedimientos administrativos sustanciados en el seno de las instituciones (como, entre otros, en el p. 15 de la Sentencia del TEDH de 23 de octubre de 1974, asunto C-17/74, caso Transocean Marine Paint Association/Comisión)<sup>590</sup>.

El art. 6-1 del CEDH, como precedente inmediato del art. 47-2 CDFUE, ha sido interpretado como generador de un amplio abanico de garantías procesales por el TEDH. Entre otros casos pueden señalarse los siguientes. Por un lado la Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1975, Caso Golder contra Reino Unido (Demanda núm. 4451/1970, ref. TEDH 1975\1), en el que se consagra el derecho a que un Tribunal conozca de cualquier litigio referente a los derechos y obligaciones de carácter civil (derecho a un tribunal) del que el derecho de acudir (derecho de acceso) constituye un aspecto importante (p. 36 de Golder)<sup>591</sup>. La Sentencia del TEDH de 28 de junio de 1984, caso Campbell y Fell contra Reino Unido (Demandas núm. 7819/1977 y 7878/1977, ref. TEDH 1984\9) consagró la necesidad de la publicidad de los pronunciamientos así como la asistencia y representación letrada (p. 102 de Campbell). Otro aspecto consagrado del proceso equitativo expresamente así declarada por el TEDH ha sido la igualdad de armas en el disfrute de las mismas posibilidades para preparar la posición jurídica en el proceso (Sentencia del TEDH de 26 mayo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia, p. 30. Demanda núm. 10563/1983, ref. TEDH 1988\10). E

<sup>587</sup> A pesar de esta aparente limitación del art. 6 en lo que respecta derechos y obligaciones de carácter civil y penal, el TEDH ha reconocido que el precepto abarca la actuación del poder judicial de los Estados firmantes en todos sus Órdenes jurisdiccionales. En su abundante jurisprudencia se ha constatado la aplicabilidad del precepto al orden civil (asunto *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Bélgica*, de 23 de junio de 1981), social (asuntos *Feldbrugge c. Países Bajos* y *Demeuland c. Alemania*, ambos de 29 de mayo de 1986), contencioso-administrativo (asunto *Éditions Periscope c. Francia*, de 26 de marzo de 1992) y constitucional (asunto *Ruiz-Mateos c. Espada*, de 23 de junio de 1993). Vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. Y OTROS, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, cit., p. 51.

<sup>588</sup> Como igualmente advierte TROCKER, N., *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., pp. 109-110.

<sup>589</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., «Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», cit., p. 750.

<sup>590</sup> TROCKER, N., *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 159.

<sup>591</sup> Sobre el comentario de este artículo vid. TROCKER, N., «Dal giusto processo all'effettività dei rimedi l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 61, 1, 2007, p. 40 y ss. En opinión del autor, esta sentencia marca un hito en la formación del derecho procesal europeo, al decretar la entrada en la "Constitución Europea" del derecho de acceso al juez indicando que artículo 6 CEDH, junto a la exigencia del proceso equitativo garantizaba igualmente el derecho de acceso a los tribunales para toda persona que desee entablar una acción en relación con un litigio sobre sus derechos y obligaciones civiles, constituyendo un elemento inherente al derecho enunciado por el art. 6-1 CEDH.

igualmente el derecho a un procedimiento contradictorio, entendido como la facultad de conocer las alegaciones o documentos presentados por la otra, así como de discutirlos (Sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993, Caso Ruiz Mateos contra España, p. 63. Demanda núm. 12952/1987, ref. TEDH 1993\1). Estas garantías son extrapolables a todas las fases del procedimiento, incluyéndose la casación (como da cuenta la Sentencia de la Sección Tercera del TEDH de 8 febrero 2000, Caso Voisine contra Francia, p. 38. Demanda núm. 27362/1995, ref. TEDH 2000\72).

Ya desde el año 1979 el TJUE ha sostenido que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento constituye un principio fundamental de Derecho comunitario que debe ser observado (p. 9 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto C-85/76, caso Hoffmann-La Roche/Comisión). Este principio general del Derecho comunitario se basa en el hecho de que toda persona tenga derecho a un juicio justo (pp. 20 y 21 de la STJUE de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, asunto C-185/95 P).

La fuente es clara: este principio se inspira en los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el TJUE inspirándose tanto en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como en las indicaciones proporcionadas por el CEDH (p. 65 de la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04 caso Eurofood IFSC).

El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de aplicar el derecho a un proceso equitativo en múltiples circunstancias. Incluso juzgar la compatibilidad del propio derecho europeo con el proceso justo. Tal es el caso de la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de junio de 2007, asunto C-305/05 caso *Ordre des barreaux francophones y germanophone y otros*. En el mismo se planteó la compatibilidad de la Directiva 91/308/CEE, modificada por la Directiva 2001/97/CE (en lo que respecta a las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de los abogados en materia de blanqueo de capitales) con el derecho a un proceso justo del art. 6 CEDH.

El TJUE entendió la no vulneración del derecho a un proceso justo del art. 6 CEDH de la Directiva referida, por entender que para que las garantías de dicho artículo pudiesen ser aplicables debía existir una relación con algún procedimiento judicial; y la Directiva dispensaba a los abogados de las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades cuando sus actividades tuviesen la mencionada relación con algún procedimiento judicial, quedando preservadas las exigencias del Derecho del art. 6 CEDH (p. 35 de *Ordre des barreaux*). Aun así la referida puede señalarse como una muy interesante resolución en lo que respecta a la reciente aplicación del CEDH por el TJUE.

Y de este modo pueden señalarse otras resoluciones del TJUE en el que se han consagrado la aplicación de las garantías derivadas de la necesidad del proceso equitativo.

Por un lado existen resoluciones en lo que respecta al principio contradictorio. La Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2009, asunto C-89/08 P, caso Comisión/Irlanda y otros así lo establece. Se parte de la idea de que el principio de contradicción forma parte del Derecho de defensa y por lo tanto los tribunales comunitarios deben velar porque se respete ante ellos y por respetarlo ellos mismos (pp. 50-51 de Comisión/Irlanda). Para cumplirse el requisito, es procedente que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento (p. 56).

En el caso Comisión/Irlanda la Gran Sala anuló una Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del TJUE sobre la base de que un motivo examinado de oficio por el Tribunal de Primera Instancia infringía el artículo 253 TCE (que establecía la obligación de motivación de los actos normativos y resoluciones de las instituciones de la Unión. El Tribunal de Primera Instancia había adoptado una decisión de oficio sin haber instado previamente a las partes (ni durante la fase escrita ni la fase oral) a formular sus observaciones sobre dicho motivo. De este modo y al haber procedido el Tribunal de Primera Instancia del TJUE de este modo, la Gran Sala del TJUE entendió en casación que la resolución del Tribunal de Primera Instancia vulneró el principio de contradicción (p. 60 de Comisión/Irlanda), y en consecuencia anuló la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

Resulta muy interesante un punto de la sentencia Comisión/Irlanda. Aunque una materia sea de orden público comunitario (en el caso referido, exenciones litigiosas falseaban la competencia en el mercado común) el juez comunitario (y *mutatis mutandi* el nacional) no puede fundamentar su decisión en un motivo examinado de oficio sin haber instado previamente a las partes a formular sus observaciones sobre dicho motivo (p. 57 de Comisión/Irlanda). De lo contrario se estaría conculcando el principio contradictorio.

Y como sostiene la propia jurisprudencia del TEDH una falta o una insuficiencia de motivación que impidan el control jurisdiccional constituyen motivos de orden público que pueden, e incluso deben, ser examinados de oficio por el Juez comunitario (Sentencias del TJUE de la Sala Quinta de 1 de julio de 1986, asunto C-185/85, caso Usinor/Comisión, pp. 19-20; y de la Sala Quinta de 20 de febrero de 1997, asunto C-166/95 P, caso Comisión/Daffix, p. 24).

De este modo, aunque la materia de por sí sea de orden público comunitario –y por tanto se establezca el plus de obligaciones en el juez nacional dado el carácter imperativo– no es motivo para que se prescindan de las garantías derivadas del derecho de acceso a un proceso equitativo de los artículos 6-1 CEDH y 41-2 CDFUE. Un buen ejemplo de ello es la comentada sentencia Banif Plus Bank, en la que siente que aun tratándose el objeto del proceso sustanciado ante el tribunal nacional de una materia de orden público comunitario (Derecho europeo de protección del consumidor) y debiendo actuar el juez de oficio, deben respetarse las garantías del principio contradictorio.



Otra sentencia del TJUE de especial relevancia en la materia es la Sentencia de la Gran Sala de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11, caso Otis y otros, donde se profundiza el principio de igualdad de armas.

De entrada, el TJUE plantea el contenido y efecto del art. 47-2 CDFUE. Expresamente se reconoce que dicho artículo garantiza, en el Derecho de la Unión, la protección conferida por el artículo 6-1 del CEDH. Y expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 incluye diversos aspectos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a ser asesorado, defendido y representado (pp. 47-48 de Otis y otros).

En lo que respecta al principio de igualdad de armas, el TJUE expresamente ha considerado que implica la obligación de ofrecer a cada parte una oportunidad razonable de presentar su causa, incluidas sus pruebas, en condiciones que no la coloquen en una situación de clara desventaja con respecto a su adversario (p. 71 de Otis y otros). Este principio tendría como finalidad asegurar el equilibrio entre las partes del proceso. En lo que respecta a la prueba documental, implica la garantía de que todo documento aportado al órgano jurisdiccional pueda ser contrastado y contestado por cualquier parte en el proceso (p. 72 de Otis y otros).

¿Y hasta qué punto afectan los arts. 6-1 CEDH y 47-2 CDFUE al proceso de ejecución hipotecaria? Bajo una función de control de la legislación y órganos jurisdicciones nacionales. Así lo han expresado los tribunales internacionales en dos supuestos: *Société Anonyme Thaleia Karydi Axte contra Grecia* y *Sánchez Morcillo II*, del TEDH y TJUE respectivamente.

Por un lado nos referimos a la Sentencia de la Sección 1ª del TEDH de 5 de noviembre de 2009, caso *Société Anonyme Thaleia Karydi Axte contra Grecia* (Demanda nº 44769/2007, ref. TEDH\2009\118). El caso derivó de una ejecución hipotecaria de unos bienes inmuebles propiedad de una sociedad en la isla griega de Zante. Iniciado el procedimiento a petición de la entidad bancaria, hubo una incidencia cuando el oficial compareció en el domicilio del representante legal de la sociedad para notificarle el anuncio de la venta de la propiedad en pública subasta. Y es que dejó pegado el aviso en el número 4 de la calle, en lugar del número 3 (donde vivía), y tampoco se procedió al envío postal de la notificación por parte de las autoridades judiciales. Además se notificó a una persona extranjera que no hablaba griego, sin asegurarse el oficial judicial si la persona abrió la puerta vivía realmente con el destinatario de la notificación.

De este modo el procedimiento prosiguió y el banco se adjudicó el inmueble. Dos meses después la sociedad demandante formuló oposición contra la venta en pública subasta, en base a que la subasta había tenido lugar sin su conocimiento. En la primera instancia nacional se desestimó la pretensión bajo la premisa de que debía haberse planteado anteriormente a la subasta. Y a pesar de que en segunda instancia se anuló la sentencia de primera instancia al considerarse que la notificación era inválida y

no se ofreció a la sociedad demandada la posibilidad de ejercer las vías legales para impedir la subasta de sus bienes, en casación se revocó. Y es que la Corte Suprema de Casación Civil y Penal Griega (*Areios Pagos*) entendió que la oposición a la ejecución debía inadmitirse por extemporánea al entender (a grandes rasgos) que al no haber sido anulada por una decisión judicial, una notificación inválida produce sus efectos legales como los produce una notificación válida, y por lo tanto la nulidad de la notificación no implicaba la nulidad de la subasta.

El TEDH entendió que, en las condiciones planteadas hubo violación del art. 6-1 CEDH. El Tribunal de casación griego aceptó -aunque implícitamente- la nulidad de la notificación de la subasta. Aun así especuló sobre la hipótesis de que la sociedad demandante sabía, a pesar de todo, que un proceso de ejecución forzosa había sido emprendido en su contra y le fue reprochado no haber presentado oposición con anterioridad al comienzo de la subasta de sus bienes. De este modo la sociedad demandante fue penalizada por los errores cometidos por el oficial judicial al notificar de forma defectuosa el acto que anunciaba la venta mediante subasta y se vio privada de la posibilidad de hacer valer sus argumentos en el marco del proceso de ejecución. De este modo se limitó el derecho de acceso de la sociedad demandante a un Tribunal, de forma desproporcional a la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y la buena administración de la justicia (pp. 26 y 27 de *Thaleia Karydi Axte*).

Es decir, que aunque la Corte de Casación griega interpretó (posiblemente en pos de la tutela rápida del crédito) que la notificación (aun inválida) generó efectos jurídicos en el proceso de ejecución hipotecaria nacional las exigencias del derecho de acceso a la jurisdicción derivadas del art. 6-1 CEDH obligaron a atemperar dichos efectos.

El caso *Thaleia Karydi Axte* puede presentarse como un ejemplo de la inadecuación de una interpretación del derecho procesal nacional a las exigencias del art. 6-1 CEDH. Por otra parte, el TJUE ha aplicado igualmente las exigencias al proceso equitativo en *Sánchez Morcillo I*. Reiterando la doctrina de la Sentencia *Otis* y otros anteriormente comentada, parte de la idea de que el principio de igualdad de armas o de igualdad procesal forma parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, tal como se garantiza en el artículo 47 CDFUE (p. 48 de *Sánchez Morcillo*).

De las valoraciones del TJUE a este caso puede resaltarse la idea de que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria que disminuye la efectividad de la protección del consumidor a los efectos Directiva 93/13 puede interpretarse igualmente con el art. 47 CDFUE. Y por lo tanto esa misma lesión del principio de efectividad constituirá de igual modo una conculcación al principio de igualdad procesal o desigualdad de armas entre el profesional y el consumidor, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales (p. 50).

Finalmente debemos realizar una apreciación a la hora de abordar esta problemática específica, sobre todo por las connotaciones que se puede tener en relación al domicilio habitual (supuesto que puede verse conculcado en múltiples supuestos en los que se ejecute la hipoteca), en lo que respecta a la forma de argumentación y motivación del TEDH. Existe una notable diferencia en la naturaleza de los intereses protegidos en los derechos de los arts. 6 (proceso equitativo) y 8 (entre otros, protección de la vivienda habitual), que podría requerir o exigir un examen separado de las pretensiones. No obstante, debido a que la falta de respeto al domicilio se considera el núcleo esencial de la vulneración, y de la que deriva la vulneración al proceso equitativo, cuando se encuentra una vulneración del art. 8 CEDH el TEDH considera que no es necesario examinar por separado también los mismos hechos en virtud del art. 6. Así se ha pronunciado en las SSTEDH de 7 de diciembre de 2006 (Sección 5ª), caso Hunt contra Ucrania (JUR 2006\283250), demanda nº 31111/2004, p. 66; de 18 de diciembre de 2008 (Sección 5ª), caso Saviny contra Ucrania (JUR 2008\385347), demanda nº 39948/2006, p. 70; y de 2 de diciembre de 2010 (Sección 5ª), caso Kryvitska and Kryvitsky contra Ucrania (JUR 2010\396587), demanda núm. 30856/2003, p. 56.

#### VI. EL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO ADICIONAL 1º DEL CEDH Y LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD. CONTRASTE ENTRE LA CONSIDERACIÓN DE CRÉDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA COMO BIEN PROTEGIBLE Y EL DERECHO AL RESPETO AL DOMICILIO.

El Protocolo adicional al CEDH<sup>592</sup> firmado en París el 20 de marzo de 1952 por los Gobiernos signatarios, Miembros del Consejo de Europa introdujo en su art. 1º la protección del derecho de propiedad, bajo los siguientes términos: “*Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas*”.

Este artículo del protocolo tiene tres normas o mandatos distintos a los Estados miembros del Consejo de Europa: por un lado un principio general de respeto de la propiedad (1); por otro la posibilidad de privación de la propiedad bajo determinadas condiciones (2) y por último se reconoce la potestad de los Estados para reglamentar la

---

<sup>592</sup> Ratificado en el Ordenamiento jurídico español a través del Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952 (BOE nº 11, de 12 de enero de 1991), si bien con una reserva formulada en lo relativo a la luz del derecho de propiedad del art. 33 de la Constitución Española.

propiedad con sus consiguientes excepciones (3). Por ello aunque se reconoce la posible interferencia en el derecho de propiedad se requiere que esté fundamentada (por razón de utilidad pública, por las condiciones previstas en la ley, los principios generales del Derecho internacional o en el caso de los Estados garantizar el interés general o el pago de impuestos o multas)<sup>593</sup>. La segunda y la tercera norma se refieren a casos específicos que afectan o limitan el derecho de propiedad; y, por ello, han de interpretarse a la vista del principio consagrado en la primera norma.

De este modo, y puesto que la garantía de la protección de la propiedad de los particulares tiene su raíz fundamental en las posibles interferencias que puedan justificar una excepción al principio general de respeto a la misma<sup>594</sup>, la doctrina del TEDH ha ido elaborando principios que modulan la interferencia al derecho de propiedad o no. La doctrina destaca tres: el principio de efectividad (que aplicado a la doctrina del TEDH sobre la protección de la propiedad implica no solo el hecho de que sea un deber a cargo del Estado, sino también una obligación positiva de protección, debiendo ser el Estado diligente en la tutela de tales derechos<sup>595</sup>), el principio del margen de apreciación (en virtud del cual los Estados tienen cierto margen de discrecionalidad en el establecimiento medidas limitadoras; sin que tales medidas puedan ser contradictorias ni estar en clara violación de los derechos garantizados por el CEDH<sup>596</sup>) y el principio de proporcionalidad (basado en la relación entre los medios empleados y el objetivo perseguido: las limitaciones al uso del bien deben necesariamente basarse en un justo equilibrio entre la satisfacción de los intereses generales de la colectividad y los derechos fundamentales del hombre<sup>597</sup>).

El ámbito de aplicación del art. 1 del protocolo adicional es bastante amplio. La noción de bienes del art. 1 del Protocolo núm. 1 tiene un alcance autónomo que no se limita en absoluto a la propiedad de bienes corporales; algunos otros derechos e intereses que constituyen activos pueden también pasar como derechos de propiedad y como bienes con los fines de esta disposición (Sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1999, caso Iatridis contra Grecia, demanda n° 31107/1996, ref. TEDH 1999\13, p. 54).

De hecho, la doctrina del TEDH ha declarado que en su ámbito de aplicación quedan comprendidos valores patrimoniales, como créditos contra un tercero. En la Sentencia de la Sección 2ª del TEDH de 7 de junio de 2011, caso Agrati y otros contra Italia (Demanda núms. 5087/2009, 6107/2009 y 43549/2008, ref. TEDH 2011\53)

<sup>593</sup> RICCIO, A., *La propiedad en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Reus, 2018, pp. 14-15. Igualmente, Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1986, caso James y otros contra Reino Unido, demanda núm. 8793/1979, ref. TEDH 1986\2, p. 37.

<sup>594</sup> BUONOMO, F., *La tutela della proprietà dinanzi alla corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 67.

<sup>595</sup> Como ha interpretado RICCIO, A., *La propiedad en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 20-21, de la Sentencia de la Sección 1ª del TEDH de 31 de mayo de 2007, caso Bistrovic contra Croacia, demanda núm. 25574/2005 (JUR 2007\130381), p. 33.

<sup>596</sup> Vid. *Ibid.*, p. 16; en base a la Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido, demanda núm. 5493/1972 (TEDH 1976\6), párrafos 47-49.

<sup>597</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 55-56; en base a la Sentencia del TEDH de 30 de agosto de 2007, caso J.A. Pye (Oxford) Ltd y J.A. Pye (Oxford) Land Ltd contra Reino Unido, demanda núm. 44302/2002 (JUR 2007\252568), párrafos 75-77.

expresamente se ha declarado que para que un crédito pueda ser considerado como un objeto de valor patrimonial, amparado por el artículo 1 del Protocolo, el acreedor deberá demostrar que está suficientemente amparado en virtud del derecho interno (por ejemplo, que la jurisprudencia bien establecida de los tribunales así lo confirme, p. 73 de Agrati). En tal caso entraría en juego la noción de “esperanza razonable”, es decir, que el titular del crédito gozaba de un interés patrimonial que representa -en una justa reclamación en contra la parte contraria- al menos una esperanza razonable de poder obtener el pago de las cantidades litigiosas. De esta manera, el interés patrimonial de un crédito se puede considerar un bien amparable en la protección de la propiedad del Protocolo Adicional (p. 74 de Agrati).

Bajo esta concepción de la reciente jurisprudencia del TEDH un crédito garantizado con hipoteca, si está amparado bajo el Derecho interno y su aplicación es afianzada por la jurisprudencia, podría entenderse como bien a los efectos de art. 1 del Protocolo adicional al CEDH de 1952. Y por esta lógica quedaría justificada el traspaso de la propiedad que garantiza el crédito dado el interés legítimo del tercero (tenido en cuenta en la doctrina del TJUE, como se ha comentado anteriormente). El problema sería que, al activarse la garantía que se encuentra incluida íntimamente unida al crédito, puede entrar en conflicto el Derecho al respeto al domicilio.

De entrada el TEDH ya ha tenido la oportunidad de analizar la posible conculcación del derecho de propiedad no ya del titular del crédito, sino de quien pierde su propiedad a partir de un proceso de ejecución en garantía de un crédito hipotecario. Así nos remitimos a la anteriormente referida Sentencia del TEDH de 5 de noviembre de 2009 (caso Société Anonyme Thaleia Karydi Axte).

Como hemos visto anteriormente, en el comentado caso se inició una ejecución hipotecaria contra una sociedad en la que hubo un defecto en la notificación, cuyos efectos fueron relativizados por los órganos jurisdiccionales nacionales (lo que fue considerado como una violación del art. 6-1 CEDH). Respecto al derecho de propiedad puede destacarse igualmente otra valoración de especial interés por el TEDH.

El TEDH consideró que en el caso de Thaleia Karydi la subasta de la propiedad de la sociedad demandante/recurrente constituyó una injerencia en el derecho al respeto de los bienes de misma. Se parte de la idea de que la subasta (y por ende el proceso de ejecución hipotecaria en su conjunto) constituye una injerencia en el derecho de propiedad del propietario del inmueble, pero que persigue una finalidad de utilidad pública, cual es la satisfacción de los acreedores (p. 34 de Thaleia Karydi).

Debemos tomar esa idea: una ejecución hipotecaria es una injerencia o perturbación del derecho de propiedad, pero legítima y amparada en la finalidad de utilidad pública de satisfacción de los acreedores y tutela del crédito. El derecho de propiedad del titular del inmueble entra en detrimento a favor del derecho de propiedad de otra persona, cual es el derecho de crédito igualmente amparado e incluido en el la protección de la propiedad. Esta causa de utilidad pública justifica la privación de la

propiedad, ya que de lo contrario se estaría produciendo consiguientemente la injerencia ilegítima en otro derecho de propiedad (el del titular del crédito hipotecario).

Ahora bien, para que la satisfacción del derecho del acreedor prime sobre el derecho de propiedad del titular del bien debe darse un requisito inequívoco en la jurisprudencia del TEDH: el equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad (entre el que está la tutela del crédito y de los acreedores) y la protección de los derechos fundamentales del individuo. Volviendo a los principios aludidos en el encabezado del presente epígrafe, debe existir un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida por toda medida que prive a una persona de su propiedad (p. 35 de Thaleia Karydi).

Y como consecuencia del principio de proporcionalidad a la hora de privar a una persona de su propiedad, deben respetarse las exigencias y garantías procesales. Y a pesar de que el artículo 1 del Protocolo Adicional guarda silencio y no alude a ningún parámetro en materia de exigencias o garantías procesales como circunstancia protectora del derecho de propiedad, sí que es reconocida por el propio TEDH en el p. 36 de Thaleia Karydi. En materia de exigencias procesales, los procedimientos aplicables a la privación de propiedad deben también ofrecer a la persona en cuestión la ocasión para exponer su causa a las autoridades competentes con el fin de discutir efectivamente las medidas que puedan vulnerar el derecho de propiedad.

En Thaleia Karydi se reconoce que el procesos de ejecución hipotecaria, tal y como estaba regulado en derecho interno, no era criticables en sí mismo. No obstante, la sociedad demandante fue privada de sus bienes sin tener ninguna posibilidad de reaccionar durante el proceso de ejecución forzosa por la actuación de los órganos jurisdiccionales. Esta circunstancia, reprochable a las circunstancias que rodearon a la notificación de la subasta, así como la inadmisión del recurso de anulación de dicha subasta fueron las que a juicio del TJUE rompieron el equilibrio justo que debía imperar entre la protección del derecho al respeto de sus bienes y las exigencias del interés general (p. 37 de Thaleia Karydi). Además se entendió desproporcionado que se desestimase tal recurso por un motivo demasiado formalista.

Es decir, si se produce un quebranto de las exigencias o garantías procesales nacionales que impiden al particular reaccionar en el proceso de ejecución forzosa no sólo se está conculcando el Derecho al juicio equitativo del art. 6-1 CDFUE. Además, si a consecuencia de ello se produce la pérdida de la propiedad, se estaría conculcando la protección de la propiedad que protege el art. 1 del Protocolo Adicional a la CDFUE.

A nuestro juicio esta relación entre las necesarias garantías o exigencias procesales y el Derecho de propiedad son igualmente trasladables a la circunstancias en las que es la propia legislación procesal interna (y no la práctica de los tribunales, como en Thaleia Karydi) la que impide al particular reaccionar en defensa de sus propiedad.

De por sí el respeto del proceso judicial nacional destinado a la pérdida de la propiedad está vinculado a la observancia de las garantías procesales. Pero esta

circunstancia se acentúa cuando el bien objeto de desposesión es la vivienda habitual. En tal caso hay que ver hasta qué punto con la pérdida de la propiedad (a consecuencia de un proceso judicial nacional) se conculca el Derecho al respeto al domicilio.

En primer lugar volvemos a referirnos a la Sentencia del TEDH 16 de julio de 2009, caso Zehentner contra Austria. En lo que respecta a la vulneración de la protección de la propiedad del ejecutado (como hemos visto anteriormente, persona con incapacidad no declarada a la que se le ejecutó su vivienda en garantía de una deuda) el TEDH consideró que el Estado tiene la obligación de proporcionar a las partes en la controversia procedimientos judiciales que ofrezcan las garantías procesales necesarias. Sólo de este modo se permitiría a los tribunales nacionales juzgar eficaz y equitativamente a la luz de la legislación aplicable. En el caso Zehentner hubo un problema derivado de la protección procesal del demandante (en situación de incapacidad), como se desprende del p. 75 de Zehentner.

En el referido caso el TEDH se preguntó si los intereses del deudor ejecutado se tenían debidamente en cuenta cuando el título ejecutivo tenido en cuenta para la venta forzosa era una orden de pago por una suma menor (en comparación con el valor del inmueble, de valor considerablemente mayor) emitida tras un procedimiento sumario. Además se puso de relieve que el ejecutado, debido a su falta de capacidad jurídica, no pudo objetar la orden de pago subyacente en la decisión que autorizaba la venta judicial de su apartamento. Y por ello no pudo hacer uso de los recursos disponibles para el deudor. Tampoco podía solicitar una anulación de la venta judicial debido a la naturaleza absoluta del plazo para apelar contra una venta judicial establecida la legislación procesal austriaca (p. 76 de Zehentner).

En esta perspectiva, aun siendo el domicilio del ejecutado, se tuvo principalmente en cuenta la perspectiva del bien en cuanto a los derechos de propiedad del ejecutado sobre el mismo. El TEDH no consideró argumento suficiente el hecho de que el ejecutado tuviese medios alternativos para proteger sus intereses pecuniarios, o de que pudiese obtener una revisión de los procedimientos sobre el fondo (planteados por la representación del Gobierno austriaco). El TEDH entendió que tales argumentos y mecanismos no ofrecían protección adecuada a una persona que carecía de capacidad jurídica. Y no consideró que el establecimiento de un plazo estricto para recurrir contra una venta judicial estuviese justificado con el fin de proteger al comprador de buena fe y en interés general de una administración de justicia eficiente, así como para preservar la seguridad jurídica (p. 78 de Zehentner). Por lo tanto se entendió violada la protección de la propiedad conforme al protocolo adicional a CEDH.

En el caso Rousk contra Suecia (Sentencia TEDH de 25 de julio de 2013) antes comentado, se puso de relieve la compatibilidad de la tercera regla del art. 1 del Protocolo Adicional (derecho de los Estados para el pago de impuestos). Como hemos analizado anteriormente, se trata de un supuesto en el que el particular pierde la propiedad de su vivienda en pago de una deuda tributaria. En la tramitación tanto del procedimiento principal de reclamación como en la oposición a la ejecución, el

inmueble es vendido antes de que se resuelvan todos los incidentes y pretensiones de deducidos por el obligado tributario (incluyéndose una solicitud de fraccionamiento o aplazamiento de la deuda tributaria). Aun tratándose de materia fiscal, el caso Rousk implica plantea importantes limitaciones a la hora de proceder a la rescisión de la propiedad de la vivienda de un individuo. Y es que tanto la recaudación de impuestos como la satisfacción del crédito de terceros acreedores pueden entenderse, a los efectos de la limitación de los Derechos humanos, circunstancias de “utilidad pública” o legítimas.

En Rousk se parte del hecho de que el particular incumplió de base sus obligaciones legales (en este caso tributarias) como criterio a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad (p. 115 de Rousk).

No obstante, y como se ha especificado en anteriores epígrafes, surgió un problema en el procedimiento de suspensión de la ejecución sobre la vivienda solicitada por el interesado. Y es que si bien el tribunal resolvió (negativamente) la solicitud de suspensión de la ejecución antes de procederse a la subasta, al solicitante le fue privado el derecho de recurrir la resolución sobre la suspensión de la ejecución. Aunque la legislación procesal sueca preveía el recurso sobre la suspensión de la ejecución ante un Tribunal de Apelaciones y ante el Tribunal Supremo, al Sr. Rousk fue privado efectivamente de este derecho ya que la subasta y adjudicación tuvo lugar antes de que el Tribunal de Apelación pudiese considerar el recurso planteado (p. 120 de Rousk contra Suecia).

En el caso referido el obligado igualmente remitió solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de la deuda. No obstante la solicitud fue ordenada incorrectamente o perdida por la Autoridad tributaria sueca (y como la misma representación del Gobierno sueco reconoció ante el proceso, si se hubiese atendido la solicitud podría haberse influido la decisión de subasta directa o indirectamente, p. 121 de Rousk). Además el TEDH admitió la existencia de una falta de comunicación efectiva entre la autoridad tributaria y el servicio de recaudación (p. 123 de Rousk).

A pesar de que finalmente al Sr. Rousk se le concedió una prórroga, la oficina de recaudación tributaria sueca mantuvo la venta forzosa tras la subasta (a pesar de que la propia legislación sueca reconocía la posibilidad de sobreseer actuaciones ejecutivas en el caso de concederse aplazamiento en el pago). Y puesto que tras el aplazamiento la deuda tributaria viva era muy baja, el TEDH consideró que la decisión de mantener la venta (con el consiguiente desalojo del solicitante) resultó excesiva y desproporcionada, especialmente dado que dicho obligado tributario tenía otros activos (como un automóvil) que podría haber sido embargado y vendido para cubrir lo poco que quedaba de sus deudas exigibles (p. 125 de Rousk).

Por todo ello el TEDH entendió en Rousk que la ejecución y subasta de la vivienda del particular, por una deuda viva muy reducida tenida en cuenta al día de la subasta constituía una carga individual y excesiva sobre el individuo, y por lo tanto supuso una violación al art. 1 del Protocolo Adicional del CEDH.



Un ejemplo igualmente destacable sobre aplicación del principio de proporcionalidad a los procedimientos nacionales de ejecución forzosa en supuestos en los que el bien ejecutado era la vivienda habitual es la Sentencia de la Sección 4ª del TEDH de 25 de abril de 2017, caso Vaskrsic contra Eslovenia, núm. 31371/2012 (ref. JUR 2017 \ 96505), cuyo objeto principal fue la subasta de la vivienda de un individuo para hacer valer una reclamación de 124 euros, cuyo origen tuvo en el cobre de una factura de la misma cantidad expedida por la compañía local de agua (p. 57 de Vaskrsic).

A priori el TEDH entendió que la injerencia en el derecho del solicitante se basó en las disposiciones pertinentes aplicables de la legislación nacional y por lo tanto se cumplió el objetivo legítimo de proteger a los acreedores y el nuevo comprador de la vivienda (p. 76 de Vaskrsic). El problema fue entender si esa interferencia fue proporcionada al objetivo legítimo perseguido. Y es que el TEDH, en atención a lo expresado en la legislación nacional, pudo comprobar cómo la legislación eslovena contemplaba varios medios de ejecución, incluida la incautación de activos de la cuenta bancaria del deudor o parte del salario del deudor. En el caso Vaskrsic el TEDH entendió que el embargo de activos de la cuenta bancaria del solicitante estaba disponible como una medida potencialmente adecuada y efectiva para la ejecución de su deuda, y de hecho el ejecutado solicitó que la deuda se ejecutase mediante la confisca del salario y la cuenta bancaria del solicitante. A pesar de ello el tribunal de la ejecución eslovaco resolvió con posterioridad a que la casa se vendiese en segunda subasta (p. 84 de Vaskrsic). De este modo el TEDH entendió que en vista de las consecuencias irreparables de la venta judicial para el ejecutado, el tribunal debería haber tomado una decisión oportuna sobre las solicitudes del propietario de la vivienda y haber tomado medidas para posponer o cancelar la subasta (p. 85 de Vaskrsic).

Destaca el hecho de que el TEDH concede gran importancia a garantizar un procedimiento efectivo de ejecución para los acreedores. No obstante, en los casos de venta judicial en subasta de una vivienda debe demostrarse que dicha subasta es una medida necesaria para garantizar la ejecución (p. 86 de Vaskrsic). Esto lleva a la necesidad de excluir de recurrir a todas las medidas de ejecución más adecuadas que no conlleven la pérdida de la vivienda antes de proceder a la subasta.

Por todo ello y dados el bajo valor de la deuda que se ejecutó mediante la venta judicial de la vivienda del solicitante; además de la falta de consideración de otras medidas adecuadas y menos onerosas por parte de las autoridades nacionales, el TEDH concluyó en Vaskrsic (al igual que en Rousk contra Suecia) que el Estado eslovaco falló a la hora de lograr un equilibrio justo entre el objetivo perseguido y la medida empleada en el procedimiento de ejecución contra el solicitante. Y por lo tanto se entendió violado el art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH.

De este modo vemos cómo la protección de la propiedad efectivamente cede ante la existencia de una causa de utilidad pública (satisfacción de acreedores o reclamación de deudas tributarias) pero para que la injerencia sobre este derecho pueda

producirse (especialmente si se trata de una vivienda habitual) cobra especial importancia el principio de proporcionalidad, que adquiere una nota de menor onerosidad. Si se inicia un proceso de naturaleza ejecutiva debe preferirse la actuación ejecutiva que menos incida sobre la propiedad del individuo (como el embargo de cuentas bancarias, o de vehículos) antes de que las autoridades judiciales o administrativas se dirijan contra los bienes inmuebles que puedan constituir una vivienda habitual.

Además, al igual de cómo sucede en el Derecho de respeto al domicilio, el no respeto a las garantías procesales nacionales y las garantías que impone el TEDH puede implicar adicionalmente una violación a este derecho.

## CONCLUSIONI

Dall'analisi delle questioni trattate nei capitoli precedenti si possono trarre le seguenti conclusioni:

**I.-** L'articolo 19-1, secondo comma, del trattato sull'Unione europea, in seguito alla riforma del trattato di Lisbona del 13 dicembre, stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di istituire i canali giuridici appropriati per garantire una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

Questo può essere considerato l'incarnazione principale del principio di effettività nel diritto processuale interno per il rispetto del diritto europeo.

I giudici nazionali diventano parte integrante del sistema giudiziario europeo previsto dai trattati di diritto primario dell'Unione europea. Questo sistema si basa sull'efficacia dell'applicazione del diritto a livello giurisdizionale nazionale. Ciò comporta una modifica del monopolio statale della giurisdizione, limitata dalla Corte di giustizia nelle materie di sua competenza.

**II.-** L'espressione "rimedi giurisdizionali" utilizzata nella traduzione spagnola dell'articolo 19-1, paragrafo 2 del Trattato sull'Unione europea deve essere intesa come "canali giuridici". Si tratterebbe dell'adattamento dall'inglese del concetto di rimedio, tipico della terminologia tradizionale del *Common law*. Il concetto originario si estende a qualsiasi soluzione consentita dalla legge, procedurale o extraprocedurale, a condizione che sia adeguata ai fini di risolvere il problema, il danno o l'inammissibilità del diritto o dell'interesse legittimo. Questa idea non sarebbe quindi direttamente collegata né ai concetti di diritto soggettivo né a quello di azione, poiché sarebbe insufficiente. La proprietà essenziale del *remedy* sarebbe l'adeguatezza, vale a dire che la protezione non solo è minima, ma consente anche alle persone di ottenere un rimedio commisurato alla natura e/o al grado d' interferenza nella legge.

In tal senso, si comprende come per "rimedi giurisdizionali" nel articolo 19-1 del trattato sull'Unione europea si intende la volontà del legislatore europeo di favorire che gli Stati membri istituiscano tutti i canali giuridici necessari per garantire la soluzione dei conflitti tra individui o istituzioni nei settori coperti dal diritto dell'Unione europea.

Pertanto, ci sembra più corretto utilizzare il termine "canale giuridico" in relazione all'obbligo che l'Unione europea impone agli Stati membri nell'articolo 19-1 2 del trattato sull'Unione europea.

**III.-** L'articolo 19-1 del TUE consente l'emergere di una serie di effetti dinanzi ai tribunali nazionali, in termini di integrazione nel sistema giudiziario dell'Unione europea. Questi canali giuridici tutelerebbero vari tipi di diritti soggettivi che possono essere protetti o vigilati dal diritto dell'Unione e che richiederebbero una protezione che sarebbe invocata dinanzi ai tribunali nazionali.

Questa idea si basa sull'effetto diretto del diritto europeo che consente ai singoli individui di invocare direttamente una norma europea dinanzi a una giurisdizione nazionale o europea. Tale effetto non avrebbe senso se le vie legali nazionali non ne consentissero l'invocazione e l'ottenimento di una pronuncia sostanziale su tali diritti.

La natura eterogenea dei sistemi procedurali nazionali e le diverse tradizioni giuridiche rendono la questione difficile. Per questo motivo l'articolo 19-1 del TUE costituisce una clausola aperta che impone la compatibilità con il diritto comunitario dei canali previsti dal diritto nazionale.

**IV.-** Si crea una tensione tra la necessità di garantire un'effettiva tutela giuridica del diritto comunitario e l'impossibilità di creare un meccanismo omogeneo e completo di canali giuridici interni degli Stati membri, che stabiliscono i loro diversi processi e procedure

Dalla sentenza Rewe I (C-33/76) del 1976, si evince come questo problema sia diventato evidente. Mentre agli Stati membri erano generalmente riconosciute condizioni procedurali specifiche, la loro applicazione al diritto dell'Unione è stata limitata in due circostanze. In primo luogo, le condizioni procedurali nazionali non potrebbero in pratica rendere impossibile l'esercizio dei diritti che i giudici nazionali devono salvaguardare. Questa è la prima dichiarazione del principio di effettività. In secondo luogo, che le norme procedurali applicabili al diritto europeo non possono essere meno favorevoli di quelle applicabili a canali giuridici analoghi del diritto nazionale. Questa sarebbe la configurazione del principio di equivalenza.

Pertanto, l'obbligo di istituire vie legali impone agli Stati membri a regolamentare norme procedurali minime, ampie e flessibili in modo da soddisfare, o almeno non impedire, ricorsi o azioni legali soggettive tutelate dal diritto dell'Unione. Tali principi disciplinerebbero l'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione nei settori regolati dal diritto di competenza dell'Unione.

**V.-** Vi sono circostanze specifiche in cui il diritto europeo impone ai tribunali nazionali degli Stati membri di adattare i canali giuridici o i procedimenti interni. Tali misure comprendono, tra l'altro, la previsione di provvedimenti provvisori o cautelari che consentono al giudice nazionale di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Questa circostanza richiederebbe l'adeguatezza delle vie legali o delle procedure interne degli Stati per non ostacolare l'applicazione, l'esecuzione o l'attuazione del diritto dell'Unione europea da parte dei tribunali nazionali.

Essa si basa sull'idea che il diritto processuale nazionale non può costituire un ostacolo o un impedimento all'applicazione o all'attuazione del diritto dell'Unione europea. Il diritto dell'Unione da attuare negli ordinamenti giuridici nazionali è principalmente di natura sostanziale, in contrasto con il diritto nazionale di natura procedurale e che impedirebbe al giudice nazionale di applicare la norma europea. Non si tratta tanto di interpretare la norma procedurale alla luce di una norma europea, quanto di trovare un'interpretazione della norma procedurale nazionale che non ostacoli l'applicazione del diritto sostanziale dell'Unione da parte dei giudici nazionali.

**VI.-** Nella sentenza *Factortame I* (C-213/89) si concepì che il diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che, quando il giudice nazionale è investito da una controversia relativa al diritto comunitario, si deve escludere l'applicazione di una norma di diritto nazionale che considera l'unico ostacolo alla concessione di provvedimenti provvisori o cautelari.

La Corte di giustizia europea ha sottolineato la necessità che la legislazione nazionale sia conforme al diritto comunitario e non impedisca l'applicazione del diritto comunitario da parte dei tribunali nazionali creando ostacoli di vario tipo.

Pertanto, se una disposizione processuale nazionale è in conflitto con la piena efficacia del diritto dell'Unione, la prima diventerebbe inapplicabile, nella misura in cui obbligherebbe il giudice a creare quasi un nuovo canale giuridico che non esiste nel diritto processuale nazionale, in altre parole ad operare *contra legem nationalis*.

**VII.-** In ogni caso, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea è vaga sui casi in cui le misure cautelari dovrebbero essere garantite, limitandosi ad affermare che tale garanzia cautelare deve operare ogniqualvolta sia compromessa l'efficacia dell'applicazione del diritto europeo. Tale interpretazione della giurisprudenza europea può essere problematica. Se non vi sono limiti temporali per l'applicazione del momento procedurale, l'autonomia procedurale degli Stati membri può essere indebolita patologicamente in misura tale che qualsiasi divergenza, in cui il diritto europeo può costituire una parte diretta o indiretta, darebbe luogo a una sorta di presunzione contro la *legem* dei diritti procedurali nazionali, con la conseguente perdita di certezza del

diritto prima dell'istituzione di meccanismi procedurali o di eccezioni non previste dal diritto processuale nazionale.

A tale riguardo, sosteniamo che la legislazione comunitaria non stabilisce che i diritti conferiti dal diritto dell'Unione devono necessariamente essere soddisfatti immediatamente o *ipso facto* dal canale giuridico più privilegiato previsto dalla legislazione nazionale. Se così fosse stato, il diritto dell'Unione avrebbe specificato il canale giuridico, il momento procedurale o la procedura specifica in cui il diritto europeo dovrebbe avere la sua natura virtuale, un aspetto che non è nemmeno delimitato.

**VIII.-** L'Unione non ha sviluppato un sistema pienamente positivo di canali giuridici espressi per garantire la piena efficacia del diritto europeo. Il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento giuridico comunitario non richiede un'azione autonoma nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro al fine principale di esaminare la compatibilità delle disposizioni nazionali con il diritto europeo.

Il sistema di tutela giuridica previsto dai trattati che istituiscono l'Unione implica che qualsiasi azione espressamente prevista o disciplinata dal diritto nazionale deve poter essere intrapresa per garantire il rispetto delle norme comunitarie aventi effetto diretto.

Una soluzione diversa potrebbe ravvisarsi solo nella misura in cui il sistema istituito dal diritto processuale nazionale non consentisse alcun ricorso giurisdizionale, anche incidentale, per garantire il rispetto dei diritti conferiti dal diritto comunitario. Tale interpretazione rispetterebbe, per quanto possibile, l'autonomia procedurale degli Stati membri, partendo dal presupposto che i diritti processuali nazionali non violano necessariamente il principio di effettività.

Riteniamo pertanto che nelle materie non espressamente disciplinate dal diritto dell'Unione, o in assenza di una legislazione comunitaria, debba prevalere il principio dell'autonomia procedurale.

**IX.-** Tuttavia, la linea di demarcazione tra la necessità di creare un nuovo canale giuridico-procedurale e l'adattamento di quello esistente non è mai stata chiaramente definita. La considerazione principale è l'effettiva tutela dei diritti sanciti dal diritto dell'Unione, con l'obbligo per gli Stati membri rafforzato in seguito all'adozione dell'articolo 19-1 del TUE con il trattato di Lisbona.

Ma ci sono diversi criteri. Da un lato, sentenze come *Unibet* (C-432/05) hanno mostrato una minore interferenza nella configurazione dei diritti processuali nazionali, rendendo possibile soddisfare il diritto dell'Unione attraverso le diverse procedure

nazionali o vie legali-procedurali, senza che sia necessaria un'azione autonoma volta a soddisfare il diritto dell'Unione. D'altro canto, decisioni come la Zuckerfabrik (C-143/88) limitano la portata della regolamentazione procedurale degli Stati a causa dell'applicazione uniforme del diritto comunitario o dell'assoggettamento di tutti gli Stati a condizioni uniformi di concessione.

**X.-** La disparità delle legislazioni che disciplinano i procedimenti giudiziari o le procedure amministrative è una circostanza che può incidere sulla realizzazione del mercato europeo comune. L'Unione europea ha un interesse particolare per il diritto processuale interno. Per questo motivo, di fronte all'autonomia procedurale degli Stati, nasce la cosiddetta integrazione europea dei diritti procedurali nazionali.

Si possono individuare due tecniche di integrazione procedurale. Da un lato, l'armonizzazione. D'altro canto, la fissazione di limiti al principio dell'autonomia procedurale, come i principi di equivalenza e di effettività, che implicherebbe un'integrazione indiretta attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

La fissazione di limiti all'autonomia di uno Stato membro di regolamentare il diritto processuale secondo i propri criteri sarebbe un modo di integrazione "negativa" o di "armonizzazione negativa". Dal punto di vista teorico, i canali giuridici stabiliti dagli Stati membri per soddisfare il diritto dell'Unione non sarebbero pienamente realizzati dalla legislazione nazionale o dalla sua interpretazione, e questa circostanza è corretta dalla Corte di giustizia europea, che impedirebbe di orientare tale legislazione o interpretazione in una direzione vietata dal diritto dell'Unione.

Pertanto, sebbene un diritto processuale europeo comune non sia stato ancora armonizzato, la Corte di giustizia ha favorito l'elaborazione e, di conseguenza, il riconoscimento di principi comuni di tutela giurisdizionale del diritto dell'Unione, in cui è inquadrato il principio di effettività. Questo percorso è stato preferito per la flessibilità che la costruzione della giurisprudenza implicherebbe di fronte alla rigidità dell'armonizzazione e al consenso politico che ne deriverebbe.

**XI.-** Il principio dell'autonomia procedurale è direttamente collegato all'idea stessa di sovranità nazionale, con lo Stato che ha competenza esclusiva in materia di diritto processuale. Tuttavia, l'integrazione di uno Stato nell'Unione Europea implica una cessione di sovranità che si incanalano nell'attribuzione di competenze ad essa.

In virtù del principio dell'autonomia procedurale, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i tribunali competenti e disciplinare le modalità procedurali dei canali giudiziari che devono cercare di salvaguardare i diritti che l'effetto diretto del diritto comunitario genera a favore delle parti in causa.

Mentre i diritti soggettivi derivanti dalla protezione dell'Unione europea hanno un'unica dimensione sostanziale, ogni Stato membro ha il proprio sistema di diritto processuale regolamentato.

Quando si fa riferimento al principio dell'autonomia procedurale, occorre includere sia il diritto procedurale che la procedura amministrativa. Infatti, nell'attuazione del diritto dell'Unione negli Stati membri, a causa della libera scelta dei mezzi, il legislatore comunitario non specifica la natura del canale che lo Stato membro deve fornire.

**XII.-** Il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri è limitato e integrato da un complesso di altri principi di natura comunitaria.

La traduzione del principio di sussidiarietà in autonomia procedurale implica che le norme processuali nazionali possono riflettere valori giuridici, culturali ed etici profondamente radicati che non dovrebbero essere ignorati dal diritto europeo.

Alcuni autori hanno sottolineato che il principio dell'autonomia procedurale non è tanto un principio quanto una tecnica di remissione normativa. La nostra posizione è che l'autonomia procedurale è un principio con un proprio contenuto sostanziale, di impostazione comunitaria, sebbene derivi dalla sovranità procedurale degli Stati, enunciato dalla Corte di giustizia europea ancor prima dei suoi due principi limitanti. Tale contenuto sarebbe attribuito dalla combinazione dell'attribuzione di competenze dell'Unione e delle rispettive sovranità nazionali in materia processuale.

Il rinvio del diritto dell'Unione al diritto nazionale non è puro o semplice, ma una questione di compatibilità disciplinata da principi complessi in cui talvolta prevale il diritto nazionale e in altri casi il diritto comunitario. Inoltre, l'applicazione di questi principi non è né chiara né uniforme, ma acquisisce molteplici sfumature ed eccezioni nella prassi giudiziaria interpretativa.

**XIII.-** L'Unione europea non ha competenze per legiferare in materia procedurale all'interno degli Stati membri. In virtù del principio di attribuzione delle competenze, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati è di competenza degli Stati membri. Le questioni procedurali o procedurali, amministrative o giudiziarie, non rientrano nelle competenze espressamente stabilite dagli articoli 4, 5 e 6 TFUE.

Nonostante la tassatività del principio di attribuzione, questa è stata ridotta nella sua efficacia dall'accettazione delle chiamate "competenze implicite" enunciate nell'art. 352-1 TFUE. Tuttavia, non esiste una base giuridica su cui fondare una competenza dell'Unione in materia procedurale. Non si può nemmeno fare riferimento a criteri generici come quello previsto dall'articolo 115 del TFUE per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che



hanno un impatto diretto sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia europea esclude espressamente questa procedura legislativa, poiché sarebbe contraria alla formulazione stessa di tali disposizioni e alle norme di competenza dell'Unione.

Neghiamo quindi l'eventuale esistenza di un'autentica competenza comunitaria o di un potere di natura implicita in materia di diritto processuale interno degli Stati membri, nemmeno conferito dai Trattati per i settori normativi del diritto sostanziale.

**XIV.-** L'assenza di competenza in materia procedurale non impedisce un'interpretazione estensiva delle competenze sostanziali dei rispettivi settori giuridici sostanziali disciplinati dal diritto dell'Unione, che sosterrrebbe il principio di effettività. Ciò non significa invocare la dottrina dei poteri impliciti, ma piuttosto interpretare una competenza sostanziale già stabilita.

Tuttavia, comprendiamo che ciò non risolve la reale mancanza di competenza comunitaria, esplicita o implicita, nelle questioni procedurali interne degli Stati membri.

Infatti, sosteniamo che le particolarità procedurali degli Stati possono essere considerate come caratteristiche dell'identità nazionale e della funzione dello Stato, aspetti che l'Unione Europea deve rispettare ex art. 4-2 TUE.

**XV.-** L'applicazione del principio del primato pone un problema particolare. Non neghiamo che la piena applicazione del diritto processuale nazionale possa condurre a una violazione del diritto dell'Unione.

In base al principio del primato, le norme dell'Unione sarebbero applicate in via prioritaria rispetto a quelle degli Stati membri nelle materie disciplinate nell'ambito delle competenze conferite. Anche così, come sosteniamo, non vi è attribuzione di competenza in materia procedurale o procedurale interna.

Riteniamo che l'effetto del primato del diritto europeo nel diritto nazionale debba essere proprio questo: strettamente nomofilo e protettivo del diritto dell'Unione, impedendo che il diritto processuale nazionale venga esteso in un senso specifico che può rendere impossibile l'applicazione del diritto dell'Unione.

Anche se non esiste una competenza specifica in materia procedurale, è giustificata un'interpretazione che garantisce l'obbligatorietà del diritto dell'Unione negli ordinamenti giuridici interni, a scapito del diritto processuale interno, poiché altrimenti si tratterebbe di una violazione degli obblighi internazionali assunti dagli Stati. Tuttavia, questa funzione di controllo del diritto dell'Unione è semplicemente una correzione per impedirne la sterilità.

**XVI.-** Nel valutare l'autonomia procedurale degli Stati, è altresì necessario tener conto di come entra in gioco l'efficacia diretta di alcune norme del diritto comunitario, in particolare del cosiddetto effetto utile. Stabilendo diritti diversi aventi una dimensione sostanziale nel diritto comunitario, gli Stati non possono, nell'ambito della libertà di scelta delle modalità e dei mezzi di attuazione del diritto comunitario, limitare o impedire l'applicazione di norme derivanti dalle disposizioni e dagli obiettivi del diritto comunitario.

La libera scelta delle forme e dei metodi da parte degli Stati membri deve essere conciliata con la necessità di applicare uniformemente il diritto comunitario.

In mancanza di norme comunitarie specifiche, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le vie procedurali o giudiziarie e le norme volte a garantire la tutela dei diritti soggettivi in base alle norme europee di effetto diretto.

In questo modo, l'autonomia procedurale implica un margine di manovra esclusivo per gli Stati nella scelta e nella definizione dei mezzi e delle procedure che garantiscono l'efficacia del diritto comunitario.

**XVII.-** La dottrina si pronuncia in senso contraddittorio tra le posizioni che sostengono la necessità di dare maggior peso al principio dell'autonomia procedurale rispetto a quello di effettività e quelle che ritengono che la effettività debba costituire il vertice applicabile ai diritti processuali nazionali.

Anche ammettendo la diversa attribuzione delle competenze, e senza quindi accettare una posizione negativa sul principio dell'autonomia procedurale, riteniamo che il principio di effettività sia un principio generale del diritto dell'Unione europea, faccia parte del diritto primario e godrebbe quindi di uno status costituzionale nell'ambito dell'ordine comunitario.

Ci rendiamo conto che, anche così, il principio di effettività non dovrebbe avere la precedenza assoluta sul principio di autonomia procedurale. Questo è così per due motivi.

Il primo, perché gli effetti del principio di effettività non possono essere applicati in modo assoluto, ma devono tenere conto della totalità dell'ordine processuale interno e mai di una fase procedurale isolata. Questo a prescindere dal fatto che la regola a cui il principio di effettività dà virtualità ha il rango di ordine pubblico comunitario.

Il secondo, perché, sebbene il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva del diritto dell'Unione sia stato sancito dall'articolo 47-1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui contenuto coincide in parte con il principio di effettività, è limitato dalle disposizioni dell'articolo 51 della CDFUE. E quindi non può

essere più ampia dell'applicazione stessa ad un diritto europeo specifico senza potersi estendere a tutto il diritto nazionale.

**XVIII.-** L'autonomia procedurale degli Stati membri è stata progressivamente limitata dal diritto dell'Unione, in particolare dalle norme del diritto processuale civile.

Una delle risoluzioni più importanti è stata la sentenza *Aziz* (C-415/11), con molteplici ripercussioni sul diritto privato spagnolo nel diritto civile, dei consumatori, commerciale o, come nel caso in cui cesseremo, sul diritto processuale spagnolo della esecuzione fondiaria.

In tale sentenza, la Corte di giustizia europea ha analizzato l'adeguatezza dell'autonomia procedurale spagnola ai limiti dei principi di equivalenza ed effettività su due processi correlati: uno dichiarativo e l'altro di esecuzione ipotecaria. Nel processo di dichiarazione non viene impedita la piena conoscenza del diritto dell'Unione europea, ma questa procedura non potrebbe generare alcun tipo di effetto sul processo esecutivo avviato. Nel processo di esecuzione viene eseguito un titolo esecutivo che può contenere clausole abusive conformemente al diritto europeo di cui alla direttiva 93/13. Tuttavia, se in un tale processo non è possibile sollevare la possibilità che le clausole da attuare siano o non siano conformi al diritto dell'Unione mediante sospensione, il principio di effettività sarebbe compromesso.

Tale è stato il caso della esecuzione fondiaria spagnola, in cui il regime applicabile al momento del procedimento consentiva l'opposizione della parte preclusa come argomento con effetto sospensivo solo se la causa dell'opposizione era tra quelle valutate esclusivamente in base alla legge, i cui motivi non includevano il carattere abusivo delle clausole secondo il diritto dell'Unione.

In ogni caso, a partire da questo caso è stato avviato un ripensamento del processo spagnolo di esecuzione ipotecaria alla luce dell'applicazione del principio di effettività del diritto europeo dei consumatori.

**XIX.-** La dottrina scientifica ha distinto diverse dimensioni per il principio di effettività. Da un lato, l'effettività di specifiche disposizioni legislative o regolamentari del diritto comunitario. Dall'altro lato, effettività nel perseguimento degli obiettivi dell'Unione e tutela dei suoi valori fondamentali. Parimenti, effettività nell'attribuzione delle competenze o efficacia nel funzionamento dei processi e delle procedure e dei canali giuridici interni degli Stati membri.

Ai fini del presente studio, ci siamo concentrati sulla dimensione specifica nota come principio di effettività del diritto processuale interno per la soddisfazione del diritto europeo. Questa dimensione comporterebbe la combinazione dell'effettività delle disposizioni normative o legislative del diritto europeo, che di per sé genera effetti

vincolanti per gli Stati membri, e l'effettività nel funzionamento dei diversi processi o canali giuridici regolamentati nei diversi sistemi giuridici interni.

Questo principio implica una revisione a favore dell'ordinamento giuridico dell'Unione ogniqualvolta il diritto processuale nazionale non sia sufficiente a garantire il livello di protezione considerato dalla Corte di giustizia come norma minima. Una norma di questo tipo sarebbe che il diritto processuale nazionale non potrebbe costituire un ostacolo all'applicazione o alla conoscenza del diritto dell'Unione nelle mani del giudice nazionale.

**XX.-** Il principio di effettività è stato sviluppato senza essere esplicitamente sancito in qualsiasi disposizione di diritto primario o in qualsiasi trattato dell'Unione europea fino alla sua inclusione definitiva nell'articolo 19-1 del TUE, poiché fino ad allora era riconosciuto come principio generale del diritto comunitario solo nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

L'ambito di applicazione del principio di effettività sarebbe esteso a tutte le norme del diritto dell'Unione, anche se può acquisire livelli di protezione più elevati nel caso in cui la norma comunitaria abbia lo status di ordine pubblico comunitario o di norma di interesse pubblico.

**XXI.-** Poiché il principio di effettività è così diffuso e impreciso, la delimitazione delle sue basi giuridiche è complessa. Tuttavia, si possono individuare diversi precetti di diritto primario in cui il principio di effettività del diritto dell'Unione può essere mantenuto.

Tra questi precetti, si possono citare l'articolo 4-3, paragrafo 2 del TUE, che stabilisce l'obbligo positivo per gli Stati di adottare tutte le misure appropriate per garantire il rispetto degli obblighi comunitari, e l'articolo 19-1 del TUE. Sarebbe anche possibile includere i precetti che garantiscono la natura obbligatoria del diritto dell'Unione, come l'articolo 288 del TFUE, e la competenza della CGUE a pronunciarsi in via pregiudiziale nell'articolo 267 del TFUE.

Nelle fonti del diritto derivato, il legislatore europeo ha espresso manifestazioni del principio di effettività applicato a regolamenti specifici.

**XXII.-** Sia la dottrina scientifica che la giurisprudenza della Corte di giustizia europea hanno utilizzato le nozioni di effettività, effettività della tutela giurisdizionale e tutela giurisdizionale effettiva in modo ampio e sempre in relazione alla necessità che i giudici nazionali non pregiudichino l'applicazione del diritto dell'Unione. Ma da tutte le denominazioni si possono estrarre due concetti giuridici essenziali: il principio di

effettività del diritto dell'Unione, da un lato, e il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva del diritto dell'Unione, disciplinato dall'articolo 47-1 del CDFUE, dall'altro.

Il rapporto tra questi concetti è ampio e confuso. Oltre ad essere basato su basi giuridiche diverse, il primo è un principio e il secondo un diritto soggettivo a livello comunitario. In linea di principio, è stabilito come criterio di formazione dell'ordine giuridico nel suo insieme, mentre il diritto soggettivo influisce su uno specifico rapporto giuridico. In questo modo entrambi hanno obiettivi e motivazioni diverse.

Per quanto riguarda il contenuto del diritto e il principio che stiamo commentando, la somiglianza è molto più ampia, nella misura in cui li intendiamo inclusi o intimamente collegati, nel loro concetto e nella loro estensione. Sebbene la natura giuridica sia diversa, le idee essenziali coincidono: l'obiettivo è evitare che il diritto dell'Unione diventi inapplicabile perché il giudice nazionale si trova di fronte ad un ostacolo al diritto nazionale (stabilito dallo Stato membro attraverso la funzione legislativa processuale) che ostacola la corretta applicazione o attuazione del diritto europeo.

**XXIII.-** Prima dell'entrata in vigore della CDFUE, nella sentenza Johnston (C-222/84) la Corte ha interpretato il dovere degli Stati membri di disporre di un canale giuridico adeguato che deriva direttamente dal principio di effettività, in linea con i testi internazionali sui diritti umani e con le tradizioni costituzionali comuni degli Stati. La ragione di questa interpretazione spiega due cose: in primo luogo, che la tutela del diritto ad una tutela giurisdizionale comunitaria effettiva è stata applicata prima della sua nascita nella Carta di Nizza del 2000 in linea con il controllo del principio di effettività e, di conseguenza, la confusione dottrinale cui si riferisce il contenuto di entrambe le figure.

Tuttavia, essi convergerebbero fino ad essere quasi identificati nel loro contenuto essenziale quando un diritto soggettivo nato nella legislazione comunitaria deve o può essere realizzato solo attraverso il diritto processuale nazionale.

**XXIV.-** Ci rendiamo conto - in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella causa *Finanmadrid* (C-49/14) - che il principio di effettività si traduce, tra le sue molteplici manifestazioni, nel fatto che gli Stati membri hanno l'obbligo generale di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione.

Dato che il principio di effettività sorge anche prima del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva del diritto dell'Unione, comprendiamo che il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale comunitaria effettiva si aggiunge al principio di effettività, ma non lo sostituisce in alcun modo.

È stato addirittura sostenuto che il grado di tutela del principio di effettività può essere maggiore del diritto dell'articolo 47-1 del TFUE nel campo del diritto europeo dei consumatori.

Pertanto, il principio di effettività non può essere interpretato come una mera manifestazione generale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, non è nell'intenzione del legislatore comunitario integrare il principio di effettività del diritto dell'Unione nel diritto fondamentale della tutela giurisdizionale effettiva, ma piuttosto la coesistenza di tali diritti nei loro diversi campi di applicazione.

**XXV.-** Il principio di effettività coinciderebbe nel suo contenuto protettivo con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva del diritto europeo quando il canale in cui il diritto soggettivo dell'Unione deve essere espresso è quello giurisdizionale o non giurisdizionale, ma in ogni caso di natura processuale.

Il principio di effettività e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva si intersecano e condividono parte del loro contenuto di protezione. In entrambi i diritti, gli Stati membri sono tenuti ad adottare misure sufficientemente efficaci per conseguire l'obiettivo e l'applicazione del diritto dell'Unione e a farlo in modo che gli interessati possano effettivamente invocare i diritti così conferiti dinanzi ai giudici nazionali. Aggiungiamo che tale effettiva invocazione deve risultare nell'assenza di ostacoli, sia dal diritto processuale sia dall'azione dei tribunali nazionali, all'invocazione o all'applicazione del diritto dell'Unione.

Ma in ogni caso, e come abbiamo precisato nella concettualizzazione generale, il principio di effettività ha un campo di applicazione più ampio, che non si limita alle norme processuali interne per la soddisfazione del diritto europeo. Allo stesso tempo, il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva include altre manifestazioni, incluse nell'art. 47, secondo e terzo comma CDFUE.

**XXVI.-** La violazione del principio di effettività produce risultati diversi. Questo principio richiede che il giudice nazionale faccia uno sforzo maggiore per adeguarlo. Può comportare un'interpretazione coerente delle norme processuali nazionali, o portare alla mancata applicazione del diritto processuale nazionale, o addirittura all'imposizione di una nuova norma o condotta processuale per fornire un'adeguata tutela giurisdizionale del diritto europeo rivendicato.

Mentre l'interpretazione conforme implica la scelta tra le molteplici opzioni interpretative di quella più rispettosa del diritto dell'Unione, che implicherebbe un'interferenza minima o quasi inesistente nella disciplina del diritto processuale, la mancata applicazione e la creazione di una nuova norma comportano un comportamento più invasivo per quanto riguarda il diritto processuale nazionale.

**XXVII.-** L'applicazione giurisdizionale del principio di effettività implica un primo intervento del giudice nazionale e vicariale della CGUE, a scapito di eventuali dubbi sull'applicazione del principio.

L'idea fondamentale per la sua attuazione si baserebbe sull'assenza o sull'esistenza di canali giuridici nazionali efficaci, nei quali vi sarebbero ostacoli per i giustiziabili.

Ostacoli al diritto dell'Unione possono derivare da una norma di natura sostanziale o procedurale e possono non essere immediatamente visibili. Il requisito fondamentale è che la tutela del diritto comunitario deve essere adeguata. Non è sufficiente che lo Stato membro si astenga dall'impedire alle norme procedurali nazionali di sopprimere o reprimere l'esercizio dei diritti dell'Unione. Vi è il dovere positivo di garantire l'applicazione del diritto comunitario. Questo principio si traduce quindi in un obbligo di risultato per gli Stati membri.

Per sapere quale canale giuridico sarebbe appropriato per il diritto soggettivo dell'Unione e in quale misura sarebbe esteso, è necessario tener conto del contenuto specifico del diritto comunitario che i canali sono destinati a garantire o salvaguardare.

**XXVIII.-** La conseguenza o gli effetti della valutazione della possibile violazione del principio di effettività attraverso una norma procedurale interna sarebbe l'integrazione di tale norma nazionale attraverso la via interpretativa. Se non può essere integrato, deve essere disapplicato o modificato se non ne consente l'integrazione.

Ciò si otterrebbe in due modi: da un lato, creando canali legali non regolamentati nel sistema procedurale pertinente, in contrasto con le disposizioni del diritto nazionale. E, d'altra parte, non tenendo conto della corrispondente norma o meccanismo processuale interno.

Per quanto il diritto processuale nazionale è disapplicato per effetto del diritto dell'Unione, la CGUE ha avuto una particolare evoluzione. In una prima fase questa soluzione è stata utilizzata quando la norma interna costituiva un ostacolo all'applicazione del diritto soggettivo in questione. Dal 2000 si è tenuto conto dell'esistenza di norme fondamentali del diritto dell'Unione, come le norme di ordine pubblico comunitario o di interesse pubblico.

**XXIX.-** Il giudizio sull'adeguatezza della norma processuale nazionale al principio di effettività implica un'analisi giuridica complessa in cui non solo il contenuto della norma europea deve essere preso in considerazione.

Ci rendiamo conto che occorre tenerne conto non solo se il canale giuridico specifico o giudicato dello Stato rende eccessivamente impossibile l'applicazione del diritto comunitario, ma anche se il complesso di canali giuridici previsti dal sistema processuale interno, con le molteplici possibilità e fasi che essi possono prevedere, tale fine è veramente frustrato dall'impossibilità di raggiungerlo.

La necessità di un'attuazione graduale potrebbe essere sostenuta in primo luogo. A tal fine, il principio dell'interpretazione conforme dovrebbe prima di tutto essere invocato, e solo se ciò non è possibile, la norma processuale di cui trattasi dovrebbe essere infine disapplicata a causa degli effetti del principio di effettività del diritto dell'Unione sul sistema processuale interno, o a causa della suddetta violazione del potere del giudice nazionale della norma interna o a causa di un'interpretazione dell'inadeguatezza del diritto nazionale con il diritto europeo fornita dalla CGUE. Infatti, a sostegno di questo parere dottrinale si può sottolineare che esiste una dottrina della CGUE europea in cui ciò che viene dichiarato contrario al diritto dell'Unione è un'interpretazione giurisprudenziale dei giudici nazionali, anziché la norma nazionale stessa.

Nelle cause *Peterbroeck* (C-312/93) e *Van Schijndel* (C-430/93), ci risulta che la Corte di giustizia offre un criterio interpretativo fondamentale: il particolare canale giuridico valutato con il principio di effettività fa parte di un complesso sistema processuale interno, in cui il diritto comunitario non può occupare una posizione invasiva e indiscriminata. In caso contrario, si potrebbe sostenere che l'Unione si impegnerebbe in una chiara armonizzazione che andrebbe oltre l'ambito delle proprie competenze conferite dai trattati.

**XXX.-** Per fare questo, comprendiamo che prima di disapplicare la norma interna con l'applicazione del principio di effettività, dobbiamo procedere ad un'analisi omnicomprendivo. Ciò presuppone che si tenga conto di tutte le vie legali e dei meccanismi procedurali del sistema procedurale interno di uno Stato membro, prima di procedere alla deroga alla norma in base al principio di effettività.

Piuttosto che mettere in discussione un particolare canale giuridico del diritto processuale nazionale, la Corte di giustizia dovrebbe tener conto della globalità dell'ordinamento giuridico interno. Non è soltanto necessario valutare se un procedimento isolato, concreto e specifico impedisca alla persona interessata di agire o di cercare di soddisfare il diritto sostanziale specifico che gli è stato attribuito dal diritto dell'Unione europea.

A tal fine, occorre osservare se l'intera procedura, con tutti i suoi atti e le sue fasi, può finalmente rendere possibile, nella pratica o meno, l'esercizio del diritto comunitario; oppure se una delle numerose opzioni che il sistema processuale interno mette a disposizione del singolo è idonea a rendere possibile tale diritto sostanziale senza recare pregiudizio al titolare del diritto comunitario soggettivo.



**XXXI.-** Il principio di effettività si è manifestato in vari settori del diritto dell'Unione. Tra questi, spicca il diritto europeo dei consumatori, mentre la Corte di giustizia ha attribuito un'ampiezza sempre maggiore al principio di effettività come fattore limitante del diritto processuale interno.

Il principio di efficacia come fattore limitante dei diritti processuali interni, in relazione alla sua configurazione originaria, sta diventando sempre più ampio e comprensibile. Esso può essere indicato come un'estensione nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Ciò ha innalzato la soglia di effettività con il diritto europeo dei consumatori di non collegare le clausole vessatorie, con il conseguente impatto sui diritti processuali nazionali.

Nel campo del diritto europeo dei consumatori il principio di effettività acquista una tale sfumatura nella sua differenziazione che il margine di discrezionalità degli Stati membri nella legislazione diventa quasi nullo nella pratica. Il principio di effettività cessa di essere un criterio negativo o correttivo dell'autonomia procedurale e diventa un criterio positivo e diretto. Esso sarebbe rivolto non solo al giudice nazionale nell'applicazione del diritto sostanziale dell'Unione, ma anche al legislatore nazionale che è tenuto ad adeguare il diritto processuale nazionale alle norme comunitarie.

L'idea essenziale è che la CGUE, nel definire la portata della protezione dei consumatori offerta dalla direttiva 93/13, ha scelto di rafforzare la posizione giuridica del consumatore rispetto al diritto processuale interno.

**XXXII.-** In particolare, due precetti della direttiva 93/13 hanno dato origine alla giurisprudenza della Corte di giustizia che reinterpreta il principio di effettività dal punto di vista del diritto dei consumatori: l'articolo 6-1, che stabilisce il principio di non obbligatorietà per il consumatore delle clausole vessatorie nelle legislazioni nazionali, e l'articolo 7-1, che stabilisce l'obbligo di fornire mezzi adeguati ed efficaci per la cessazione dell'uso di clausole vessatorie da parte degli Stati.

L'espressione "mezzi adeguati ed efficaci" è così ampia da includere tutte, se non tutte le procedure in cui lo Stato deve garantire che il diritto dell'Unione non vincoli il consumatore alle clausole vessatorie.

Pertanto, l'obbligo dello Stato di garantire l'esistenza di tali mezzi adeguati ed efficaci per la cessazione dell'uso di clausole abusive può essere indicato come un'incarnazione del principio di effettività applicato al diritto europeo dei consumatori in materia di non vincolo del consumatore di clausole vessatorie.

**XXXIII.-** La limitazione dell'efficacia dell'applicazione della direttiva 93/13 è stata criticata in quanto manca, come direttiva, un effetto orizzontale diretto. Non potrebbe quindi essere invocata tra individui in termini generali se non fosse recepita nel diritto interno.

Tuttavia, l'assenza di effetto orizzontale diretto delle direttive sarà attenuata a causa della diversa natura dell'ordine pubblico comunitario che il diritto europeo ha di non collegare le clausole vessatorie, per quanto riguarda la protezione dei consumatori, in quanto dotato di una maggiore forza imperativa. Per questo motivo violerebbe i limiti di portata e di efficacia che i Trattati di diritto primario attribuiscono alla direttiva.

**XXXIV.-** Nell'applicare la legge della direttiva 93/13 in sede giurisdizionale, non è sufficiente che le parti abbiano avuto la possibilità effettiva di presentare un motivo fondato sul diritto comunitario, data la sua natura di regola dell'ordine pubblico comunitario.

Affinché una norma sia considerata di ordine pubblico comunitario, essa deve essere concepita per servire un obiettivo fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario e deve svolgere un ruolo significativo nella realizzazione di tale obiettivo. Inoltre, la regola deve essere stabilita nell'interesse dei terzi in generale. Spetterebbe alla CGUE determinare quali questioni specifiche possono essere considerate questioni di ordine pubblico comunitario o meno.

Finora la Corte di giustizia europea ha dichiarato che due questioni di politica pubblica comunitaria sono di ordine pubblico: il diritto europeo della tutela dei consumatori e la tutela della concorrenza nel mercato comune. In particolare, la Corte di giustizia europea, nelle sentenze *Mostaza Claro* (C-168/05) e *Asturcom* (C-40/08), ha descritto la protezione che la direttiva 93/13 offre ai consumatori in quanto interesse pubblico o ordine pubblico comunitario.

L'effetto principale della direttiva 93/13, come regola di ordine pubblico, sarebbe che si tratterebbe di una disposizione imperativa. Di conseguenza, oltre ad essere direttamente applicabili nell'ordinamento giuridico nazionale, comportano maggiori doveri e obblighi per il giudice nazionale, data la loro importanza per il funzionamento o gli obiettivi dell'Unione.

Sottolineiamo che se i tribunali nazionali si trovano di fronte ad una norma imperativa, devono applicare d'ufficio le basi giuridiche basate su una norma comunitaria imperativa anche se non è stata invocata dalle parti. Spetterebbe agli stessi giudici nazionali fornire la tutela giuridica che risulta per le parti in causa dall'effetto diretto di norme imperative.

Su questa base, la Corte di giustizia europea ha progressivamente ampliato i poteri e gli obblighi del giudice civile nei procedimenti a carico degli utenti-consumatori nell'applicazione del diritto dell'Unione.

**XXXV.-** Inoltre, la tutela dei consumatori assume una posizione di rango costituzionale nell'ambito del sistema comunitario. E grazie a questo riconoscimento costituzionale, i consumatori diventano titolari di posizioni giuridiche soggettive che possono essere immediatamente tutelate nel diritto interno, con la possibilità di far valere il diritto europeo dei consumatori anche se non è previsto dal diritto nazionale.

La dottrina ha esteso la dimensione costituzionale europea all'acquis comunitario in materia di protezione dei consumatori.

Tuttavia, la CGUE è partita da una concezione diversa nella sentenza *El Corte Inglés* (C-192/94). In virtù di essa, nel diritto primario della protezione dei consumatori, il campo di applicazione del trattato sarebbe limitato dal contenuto della sua formulazione letterale e l'invocabilità *inter privatos* del diritto derivato che richiede il recepimento sarebbe subordinata al recepimento. Tuttavia, questa giurisprudenza è mutata rispetto alla causa *Océano* (C-240/98), che richiede una protezione supplementare per ottenere l'effettività della direttiva.

Tra le altre conseguenze del carattere imperativo del diritto della direttiva 93/13, unitamente al ricorso d'ufficio della Corte derivante dal carattere imperativo, vi sarebbe l'effetto orizzontale diretto di norme giuridiche che, in linea di principio, ne sarebbero prive. Pertanto, il mancato recepimento non può costituire un ostacolo all'invocabilità della direttiva 93/13 tra privati.

**XXXVI.-** La CGUE ha limitato e precisato l'agere d'ufficio del giudice nazionale in applicazione del diritto dell'Unione alla tutela di questioni di interesse pubblico comunitario o di ordine pubblico. Questa sarebbe la conseguenza più diretta della natura obbligatoria di queste norme e della loro principale caratteristica di differenziazione.

Pertanto, la sentenza *Océano* (C-240/98) è la prima sentenza della Corte di giustizia europea in cui, anche se il diritto dei consumatori non è espressamente dichiarato come una questione di ordine pubblico comunitario, è trattato come una norma speciale con la massima forza imperativa, poiché l'azione d'ufficio del giudice nazionale è imposta in base al principio di effettività.

In particolare, nella sentenza *Océano* non esisteva alcuna norma nazionale che potesse essere interpretata per raggiungere l'obiettivo della direttiva 93/13. La Corte di giustizia europea sostiene pertanto l'idea che un'efficace tutela dei consumatori può essere raggiunta solo se il giudice nazionale riconosce di avere il potere di valutare d'ufficio le clausole tutelate dalla direttiva.

Questa interpretazione del principio di effettività diventa così fulminante che la stessa CGUE, nella causa *Cofidis* (C-473/00), ritiene che una norma procedurale esplicita che vieta al giudice nazionale di conoscere d'ufficio pregiudicherebbe il principio di effettività.

L'obbligo di agire d'ufficio comprende anche l'obbligo dei giudici nazionali di adottare misure o misure di prova d'ufficio, il che costituisce un'obiezione importante al principio del contributo di una parte in un procedimento civile. Esso sopprime inoltre l'obbligo del consumatore di invocare egli stesso il diritto specifico nei confronti del professionista in considerazione dell'eventuale rischio di ignorare i suoi diritti o di incontrare difficoltà nell'esercitarli.

**XXXVII.-** Il principio di effettività per quanto riguarda il non vincolo di clausole vessatorie presentava in un primo momento importanti sfumature in relazione al comportamento procedurale del debitore consumatore.

Così, nella causa *Asturcom* (C-40/08), la Corte di giustizia europea ha ritenuto che il rispetto del principio di effettività non può arrivare a imporre al giudice nazionale di porre rimedio ad un'omissione procedurale di un consumatore che non conosce i suoi diritti, ma non può sostituire pienamente una passività assoluta del consumatore interessato che non partecipa alla procedura in cui il suo diritto viene discusso né ne promuove la sua impugnazione quando viene risolto contro i suoi interessi.

Il principio di effettività non impone neppure l'obbligo di agire d'ufficio se l'esame del motivo obbliga il giudice ad andare oltre i limiti della controversia così come circoscritti dalle parti.

**XXXVIII.-** Tuttavia, la stessa CGUE ha ritrattato la sfumatura sulla passività dei consumatori nella sentenza *Banco Español de Crédito* (C-618/10).

In questo modo si reinterpreta il principio di effettività: non basta che il sistema processuale nazionale fornisca al consumatore un modo per difendere i suoi diritti. Sarebbe contrario al principio di effettività se il diritto processuale non consentisse o non regolasse espressamente che il giudice controlli d'ufficio la validità delle clausole contrattuali su cui si basa il titolo esecutivo, senza che il consumatore ne faccia richiesta.

In base alla nostra posizione, comprendiamo che la considerazione dell'ordine pubblico comunitario nella direttiva 93/13 non può giustificare un'applicazione esorbitante del principio di effettività se il consumatore ha un'effettiva opportunità di formulare la violazione del diritto dei consumatori. Tale opportunità effettiva deve anche implicare l'assenza di rischi per il consumatore a causa della pendenza della procedura.

Dalla sentenza *Banco Español de Crédito*, si presume una più intensa inadeguatezza dei canali legali-processuali nazionali, in particolare con il diritto europeo dei consumatori, sotto qualsiasi aspetto che potrebbe non essere direttamente favorevole al consumatore. Tutto ciò indipendentemente dalla posizione attiva o passiva

del consumatore nella difesa dei suoi interessi, conformemente ai meccanismi di difesa stabiliti dal diritto processuale nazionale.

Ciononostante, la Corte di giustizia europea ha esitato nella sua giurisprudenza. Nella sentenza *Banco Español de Crédito* si è capito che se il giudice non fosse stato autorizzato a conoscere d'ufficio della causa durante la fase di ammissione della causa, il principio di effettività sarebbe stato violato, se il tribunale dispone di tutti gli elementi per emettere la sua sentenza. Al contrario, in *Banif Plus* (C-312/14) si è capito che se l'incidente nazionale prevede una sostanza contraddittoria, il principio di effettività non sarebbe stato violato, indipendentemente dal momento procedurale in cui si verifica.

**XXXIX.-** La nota giurisdizionale è stata identificata dalla CGUE come un altro prerequisito essenziale per la piena effettività del diritto europeo dei consumatori. Il fatto che l'organo competente per l'esame dei bilanci del diritto europeo non abbia lo status di giudice o magistrato ha avuto ripercussioni di vario tipo, comprese posizioni giuridiche che vanno dalla sua accettazione al suo ripudio da parte della CGUE.

A questo punto, la CGUE sottopone nuovamente sentenze divergenti. Nella sentenza *ERSTE* (causa C-32/14), ha ritenuto che gli obblighi che il diritto europeo dei consumatori prevede per l'esercizio da parte delle autorità della funzione giudiziaria non sono applicabili alla funzione non giurisdizionale (notaio, nella causa *ERSTE*) a causa delle loro differenze, mentre la legge della direttiva 93/13 non la qualifica come competente a promuovere un contenzioso tra le parti al termine del quale essa deve pronunciarsi sull'eventuale carattere abusivo di una clausola contrattuale. E per questo motivo ha compreso la non violazione del principio di effettività della legge ungherese di esecuzione.

Al contrario, nella causa *Finanmadrid* (C-49/14) il principio di effettività è stato violato, poiché un professionista con una funzione non giudiziaria (un giurista per l'amministrazione della giustizia spagnolo, analogo a cancelliere nel sistema giudiziario italiano) comprende che i diritti previsti dalla direttiva 93/13 possono essere garantiti solo se il sistema processuale nazionale consente un controllo d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contenute nel contratto eseguito da un'autorità giudiziaria.

Ci rendiamo conto che tali risoluzioni sono contraddittorie tra loro e giustificerebbero una revisione chiarificatrice della giurisprudenza della CGUE a questo proposito.

**XL.-** A parte la conclusione di cui sopra, si possono evidenziare due idee. Da un lato, la differenziazione tra la funzione giudiziaria ed altre di natura extragiudiziale. D'altro canto, la direttiva 93/13 non disciplina il ruolo attribuibile all'autorità non giudiziaria o ai professionisti quando esercitano poteri corrispondenti all'autorità giudiziaria, come la possibilità di rilasciare titoli esecutivi.

Come ulteriore requisito, il diritto processuale nazionale dovrebbe prevedere adeguati mezzi di ricorso e canali legali per garantire un controllo giurisdizionale delle funzioni svolte dall'autorità non giudiziaria o dal professionista, che corrispondono direttamente all'autorità giudiziaria.

Tuttavia, se la procedura assistita dall'autorità o dal professionista non giudiziario emette una risoluzione con forza di cosa giudicata, con effetti simili a una risoluzione giudiziaria e l'autorità non giudiziaria non ha la competenza per effettuare l'esame o la valutazione dell'eventuale iniquità delle clausole del contratto, in tal caso il principio di effettività sarebbe violato.

**XLI.-** L'articolo 6-1 della direttiva 93/13 stabilisce il cosiddetto principio di non obbligatorietà delle clausole abusive. Come per il principio di effettività, i suoi obblighi principali spettano ai legislatori degli Stati membri e le autorità giudiziarie.

Gli effetti della dichiarazione di abusività di una clausola da parte dei giudici nazionali ed il margine di manovra lasciato ai giudici nazionali sono anch'essi oggetto di controversia e di indubbi effetti procedurali.

La posizione della Corte di giustizia europea ha iniziato riconoscendo, come unica conseguenza dell'abuso, che i giudici nazionali dovrebbero lasciare la clausola inapplicabile. Tutto questo senza avere il diritto di modificare il contenuto o integrare giudizialmente il contratto.

Questa posizione, che cominciò ad essere rigida, divenne più flessibile, introducendo il requisito della sostituzione. Ciò significa sostituire la clausola abusiva con una disposizione complementare del diritto nazionale se il carattere abusivo della clausola obbliga il giudice ad annullare il contratto nella sua interezza, ma a condizione che il mantenimento del contratto costituisca una circostanza particolarmente favorevole per il consumatore.

Si tratta di una circostanza controversa, per quanto riguarda il carattere assoluto delle conseguenze della dichiarazione degli abusi della cosiddetta *blue pencil doctrine* (dottrina della matita blu). Su questa base, si può prevedere che l'abusivo non è l'intero contenuto di un termine giudicato, ma solo una parte di esso. Sotto questo prisma sarebbe possibile continuare l'esecuzione di tale clausola, anche se parte di essa è nulla come abusiva. Siamo consapevoli che la *blue pencil doctrine* potrebbe costituire un'altra eccezione al carattere esaustivo che la CGUE concede ai fini della dichiarazione di nullità di una clausola abusiva, nella misura in cui non implica un'applicazione parziale della parte della clausola dichiarata abusiva. Tale caratteristica differenzerebbe questa istituzione dalla moderazione.

**XLII.-** L'applicazione degli articoli 6-1 e 7-1 della direttiva 93/13 all'esecuzione dei contratti con garanzia ipotecaria ha avuto molteplici vicissitudini. L'autonomia procedurale degli Stati ha lasciato il posto al principio di effettività in quanto le diverse procedure e gli effetti della procedura di esecuzione fondiaria spagnola sono stati sottoposti ai criteri della CGUE.

Dal momento in cui il diritto processuale nazionale dell'esecuzione della garanzia ipotecaria limita il potere del giudice nazionale di applicare il diritto dell'Unione in qualsiasi manifestazione o margine di azione di cui dispone un organo giurisdizionale nella sua azione ordinaria, esso violerebbe i limiti del principio di autonomia procedurale e, di conseguenza, il principio di effettività.

**XLIII.-** In termini generali, nella procedura di esecuzione fondiaria spagnola la CGUE estende i doveri e i poteri del giudice nazionale contro lo stesso diritto processuale interno quando interpreta che ciò può costituire un ostacolo alla dichiarazione di abusività ai sensi del diritto dell'Unione.

È stata rilevata un'opposizione in quanto non ha permesso al giudice dell'esecuzione di esaminare il carattere abusivo di una clausola che serve da base per il titolo esecutivo. Tale contraddizione è stata stabilita quando il diritto nazionale ha impedito l'adozione di misure che garantiscono la piena efficacia della decisione finale del giudice adito nel procedimento di dichiarazione in cui si discute il carattere abusivo della clausola.

Nella sentenza *Sánchez Morcillo I* (C-169/14), si è anche inteso che il principio di effettività è stato violato dal fatto che il diritto processuale non consente al consumatore di presentare ricorso contro la decisione di rigetto dell'opposizione all'esecuzione, ponendo il debitore eseguito in una situazione di inferiorità rispetto al professionista, che aveva solo il diritto di ricorso nella legislazione anteriore alla legge spagnola 9/2015.

Né è stato interpretato come rispettoso l'accertamento di un incidente straordinario nella legislazione transitoria della legge 1/2013 volta ad affermare il carattere abusivo delle clausole abusive nei procedimenti esecutivi in corso, in quanto i consumatori non sono stati informati personalmente della possibilità di invocare tali motivi.

Il riconoscimento di un eventuale ostacolo procedurale può diventare così ampio che la CGUE ha stabilito che né il diritto processuale interno né la sua giurisprudenza possono vietare a un giudice nazionale di dichiarare l'invalidità di una clausola abusiva ai sensi del diritto dell'Unione, anche partendo dal presupposto che il professionista non ha applicato in pratica la clausola nell'esecuzione del titolo che la contiene.

**XLIV.-** Va menzionato in particolare l'effetto di giudicato che la legislazione attribuisce a un titolo esecutivo in cui un incidente di opposizione è stato sollevato da una clausola specifica.

Nella sentenza *Banco Primus* (C-421/14), la CGUE ha interpretato l'articolo 207 del c.p.c. spagnolo (LEC) nel senso che impedisce al giudice nazionale di procedere d'ufficio ad un nuovo esame del carattere abusivo delle clausole di un contratto, quando esisteva già una decisione sulla legittimità delle clausole di tale contratto alla luce della direttiva 93/13. E che in tal caso la normativa dell'Unione obbligherebbe il giudice a valutare il carattere abusivo di clausole la cui iniquità non è stata esaminata. Ci rendiamo conto che la Corte di giustizia europea può commettere un errore in questa valutazione, poiché il diritto processuale spagnolo, né nel suo tenore giuridico né nel suo tenore dottrinale o giurisprudenziale, impedisce la possibilità di riesaminare la natura abusiva di altre clausole presenti nel contratto, tenendo conto delle disposizioni degli articoli 222 e 400, entrambi della LEC.

**XLV.-** La Corte di giustizia nella sentenza *Kušionová* (C-34/13) sottolinea un elemento importante per accettare la conformità delle procedure nazionali di esecuzione di una garanzia ipotecaria al diritto europeo dei consumatori e la sua efficacia quando vi sono due elementi di chiara rilevanza giuridica: l'abitazione familiare e il carattere consumistico del proprietario. Tale caratteristica sarebbe la possibilità per il giudice nazionale di disporre di misure cautelari che possono sospendere o contrastare un procedimento di preclusione illegale qualora la concessione di tali misure sia necessaria per garantire l'effettività della protezione richiesta.

L'interpretazione della CGUE in questo senso è chiara: se l'oggetto del procedimento dinanzi al giudice nazionale competente è l'abitazione della famiglia di un consumatore, l'interpretazione del principio di effettività deve essere vista alla luce dei testi europei dei diritti fondamentali.

**XLVI.-** Nonostante la corretta interpretazione del processo di esecuzione fondiaria alla luce del principio di effettività presso la sede della CGUE, la giurisprudenza della CGUE raggiunge solo l'ambito di applicazione della norma che interpreta. Per questo motivo, non è possibile sostenere un riesame completo del processo di esecuzione fondiaria spagnolo al di là della protezione dei consumatori contro l'uso di clausole abusive. Nemmeno in base alla premessa del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva dell'art. 47 CDFUE potrebbe essere effettuata una tale analisi, poiché per effetto dell'art. 51 del CDFUE stesso non può essere invocata separatamente dalle norme del diritto dell'Unione.

Tale riflessione porta a una conclusione di base: al di fuori dei settori che abbiamo esposto e sviluppato nel testo principale, il processo di preclusione nella sua



formulazione attuale non deve necessariamente essere del tutto incompatibile con il diritto dell'Unione.

Ovviamente vi sono aspetti della normativa procedurale la cui compatibilità può essere difficile da interpretare, e di fatto molte cause sono *sub iudice* della CGUE. Tuttavia, il diritto dell'Unione non può essere utilizzato per giustificare un riesame completo del processo di preclusione.

Sebbene per molti aspetti il processo di esecuzione fondiaria spagnolo possa essere pregiudizievole per i privati, il legislatore spagnolo è libero di dare priorità legislativa all'interesse della tutela e del recupero più rapido dei crediti bancari, sulla base del principio dell'autonomia procedurale. Per censurare tale libertà legislativa, il diritto dell'Unione deve essere violato in una norma specifica.

Tale parere può basarsi sull'Ordinanza Sánchez Morcillo II (C-539/14): un diritto processuale nazionale che, indipendentemente dalla sua finalità, attribuisce asimmetricamente maggiori vantaggi procedurali a una determinata parte, se non incide su alcuna dimensione del diritto dell'Unione, non può in alcun modo pregiudicare il principio di effettività.

**XLVII.-** In effetti, molti settori normativi del processo di esecuzione fondiaria spagnolo sono stati dichiarati conformi al diritto dell'Unione.

In primo luogo, se una disposizione del diritto processuale nazionale non interferisce o viola la portata di una disposizione del diritto europeo, essa non ostacolerà l'applicazione di tale disposizione e quindi il principio di effettività non ne risentirà.

Analogamente, se si sostiene che una disposizione procedurale nazionale può costituire un ostacolo all'applicazione del diritto dell'Unione, deve necessariamente esistere una relazione corrispondente tra tale disposizione procedurale nazionale e il diritto europeo. O perché questa norma non consente l'applicazione diretta della norma europea, o perché non consente che una norma di attuazione del diritto dell'Unione sia discussa nell'ambito della procedura nazionale. In caso contrario, anche se ci sono effetti negativi per una persona che ha la condizione di consumatore, il principio di effettività non sarebbe trasgredito.

Nell'ambito del compito di determinare l'eventuale esistenza di impedimenti che rendono impossibile per il giudice nazionale applicare il diritto dell'Unione è la necessaria equità della norma nazionale ai fini della tutela della norma europea. Ciò deve implicare che le situazioni giuridiche tutelate dal diritto nazionale degli Stati membri e da quello dell'Unione coincidano. Se tale equità non si verifica, il diritto nazionale può disciplinare un diritto nella dimensione e nella forma che il suo legislatore sceglie, poiché non violerebbe il campo di applicazione del diritto dell'Unione.

**XLVIII.-** Nella sentenza Banco Santander (C-598/15), la CGUE sembra aver ripreso l'idea che l'effettività del diritto europeo invocato dal consumatore dipenderà dall'esercizio dell'azione o delle accuse corrispondenti entro i termini procedurali ragionevoli o i momenti disciplinati dal diritto processuale nazionale.

Tale risoluzione può essere interpretata come una moderazione o attenuazione della dottrina applicata nel Banco Español de Crédito, che impone l'obbligo di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola non appena essa possiede gli elementi di fatto e di diritto necessari e anche prima della sua ammissione al trattamento.

In ogni caso, tale approccio può causare grande confusione quanto all'applicazione, in misura maggiore o minore, del principio di effettività da parte degli operatori giuridici interni, in particolare quelli spagnoli. La portata del principio di effettività non è chiara e sembra acquisire maggiore o minore intensità di applicazione in ogni sentenza della Corte di Lussemburgo.

Intendiamo questa circostanza come un tentativo sul principio della certezza del diritto, e soprattutto quando gli effetti che il principio di effettività può avere sul diritto processuale positivo interno. A tal fine, comprendiamo che un chiarimento della CGUE, preferibilmente della Grande Sezione o della Plenaria rispetto ai requisiti del momento procedurale in cui il consumatore può invocare il carattere abusivo della clausola e gli effetti della sua condotta attiva o passiva nella stessa procedura, è di fondamentale importanza.

**XLIX.-** Nello sviluppo di un processo di preclusione nazionale, due diritti contenuti nelle carte europee dei diritti (CEDU e CDFUE) potrebbero essere violati: il diritto a un processo equo disciplinato dagli articoli 6-1 CEDU e 47-2 CDFUE e il diritto alla proprietà dell'articolo 1 del protocollo aggiuntivo alla CEDU e 17 CDFUE, sebbene quest'ultima disposizione non sia stata applicata dal suddetto ambito limitato di competenza del CDFUE. Infine, se l'immobile ipotecato è una residenza abituale, possono essere violati i diritti al rispetto del proprio domicilio dalla vita privata e familiare di cui all'art. 7 CDFUE e 8-1 CEDU.

Per quanto riguarda l'abitazione abituale, la sua dimensione protettiva è rafforzata rispetto alle norme delle procedure nazionali sia nella giurisprudenza della CGUE che in quella della Corte EDU.

Se una decisione che comporta la perdita dell'abitazione abituale non è definitiva, in attesa del ricorso o dell'impugnazione ai sensi del diritto processuale nazionale, la Corte EDU ritiene che lo sfratto debba essere rinviato fino alla risoluzione di tutte le questioni controverse sottostanti. In caso contrario si configurerebbe un'ingerenza dello Stato in violazione del diritto al rispetto dell'abitazione, che non può

essere tutelato dall'interesse legittimo del creditore o del nuovo proprietario dell'abitazione.

**L.-** Nei casi in cui si invocano diritti sostanziali derivanti dal diritto dell'Unione e sussiste il rischio di perdita della casa di famiglia o del domicilio privato, il principio di effettività acquista una dimensione rafforzata. La CGUE riprende l'ordinamento giuridico del Consiglio d'Europa attraverso l'osmosi giurisprudenziale e, in virtù di ciò, estende l'efficacia delle norme e degli atti dell'Unione ad un fine specifico, come la protezione del domicilio e la tutela della vita familiare. Essa tiene quindi conto della dimensione protettiva dell'abitazione familiare, che viene trasferita sia al giudice nazionale che applica il diritto dell'Unione, sia ai legislatori procedurali dei vari Stati membri.

Pertanto, sulla base dello stesso principio di effettività, i giudici nazionali devono disporre di meccanismi adeguati per sospendere o contrastare un procedimento interno di natura esecutiva o che potrebbe portare alla perdita di beni o al possesso dell'abitazione se il bene in questione è l'abitazione abituale, come misure cautelari di natura sospensiva.

Pertanto, la possibilità che il diritto processuale nazionale non fornisca tutte le garanzie che costituiscono un ostacolo alla piena applicazione del diritto dell'Unione, oltre a quelle della Corte EDU, in particolare per quanto riguarda l'abitazione familiare, può costituire una conseguente violazione del dovere di proporzionalità richiesto sia dalla Corte EDU che dalla CGUE. Infatti, la semplice assenza di un processo di proporzionalità da parte del tribunale nazionale quando si espropria del domicilio costituisce motivo di ritenere che il diritto di cui all'art. 8 della CEDU sia stato violato.

Questo è il motivo per cui, a nostro avviso, il legislatore nazionale spagnolo dovrebbe essere particolarmente cauto nel regolamentare la procedura di esecuzione fondiaria spagnola, e per estensione tutti coloro che comportano il rischio di perdita dell'abitazione di introdurre la nota di proporzionalità. Ciò implica anche la necessità di conferire uno status giuridico speciale nel processo all'abitazione abituale e di stabilire garanzie quali la sospensione dello sfratto dei beni che costituiscono la residenza abituale fino a quando non si risolve definitivamente e con fermezza il processo in cui la proprietà del bene o il suo possesso è definitivamente e fermamente discusso.

**LI.-** Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva dell'art. 47-1 CDFUE ha effetti interpretativi e orientativi sul diritto sostanziale dell'Unione e non può estenderne il contenuto oltre i limiti del diritto sostanziale europeo stesso.

Per questo motivo, a differenza del principio di effettività, che rompe i legami dei diritti sostanziali europei ampliandoli oltre i loro limiti e superando addirittura l'attribuzione di competenze all'Unione, i diritti della Carta sono in ogni caso limitati

dall'art. 51 CDFUE. Essa vincola gli Stati membri solo quando applicano il diritto dell'Unione e non possono creare o estendere alcuna competenza. La sua applicazione pratica tenderà pertanto ad essere limitata.

**LII.-** Il diritto di proprietà di cui all'articolo 1 del protocollo aggiuntivo alla CEDU si basa su un difficile equilibrio. Da un lato, l'interesse patrimoniale di un credito ipotecario, che intendiamo sia un bene protetto nella tutela della proprietà della CEDU con tutte le conseguenze che ne derivano sull'abitazione in caso di inadempienza, e dall'altro lato, la proprietà dell'abitazione abituale ipotecata, che può essere intesa anche come protetta dallo stesso precetto.

Siamo consapevoli, secondo il criterio della Corte EDU, che l'esecuzione dell'ipoteca costituisce un'interferenza nel diritto di proprietà del proprietario dell'immobile, ma persegue uno scopo di pubblica utilità, che è la soddisfazione dei creditori.

La linea di demarcazione che giustificherebbe una maggiore tutela del diritto al credito ipotecario contro la proprietà della residenza principale sarebbe inquadrata nel rispetto delle garanzie procedurali nazionali e delle garanzie imposte dalla Corte EDU nelle conclusioni precedenti.

## CONCLUSIONES

Del análisis de las cuestiones tratadas en los capítulos anteriores podemos extraer las siguientes conclusiones:

**I.-** El artículo 19-1 párrafo segundo del Tratado de la Unión Europea establece, tras la su reforma en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre, la obligación de los Estados miembros de establecer los cauces jurídicos adecuados para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

Puede considerarse esta como la principal plasmación del principio de efectividad en la regulación procesal interna para la satisfacción del Derecho europeo.

Los jueces nacionales pasan a ser una parte integrante del sistema judicial europeo establecido en los Tratados de Derecho primario de la Unión Europea. Este sistema se basa en la efectividad en la aplicación del derecho en el nivel de los jueces nacionales. De este modo se produce un cambio en el monopolio estatal de la jurisdicción, que es limitada por el TJUE en las materias de su competencia.

**II.-** La expresión “vías de recurso” que se emplea en la traducción al castellano del art. 19-1 párrafo 2º del Tratado de la Unión Europea debe entenderse como “cauces jurídicos”. Ello sería de la adaptación del inglés al castellano del concepto de *remedy*, propio de la terminología tradicional del *Common law*. El concepto original se extiende a cualquier solución permitida por el derecho, procesal o extraprocesal, siempre que sea adecuada para solucionar el problema, daño o inmiscusión al derecho o interés legítimo. Por tanto esta idea no se vincularía directamente ni a los conceptos de derecho subjetivo ni al de acción, ya que sería insuficiente. La propiedad esencial del *remedy* sería la adecuación, es decir, que la protección no sea solo mínima, sino que permita a las personas obtener una reparación acorde con la naturaleza y el grado de interferencia en el derecho.

En este sentido, entendemos que por “vías de recurso” el art. 19-1 del Tratado de la Unión Europea se refiere a la voluntad del legislador europeo para que los Estados miembros establezcan todos los cauces jurídicos necesarios para garantizar la solución de conflictos entre particulares o instituciones, dentro de los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión europea.

Por lo tanto, entendemos más correcto emplear la denominación de “cauce jurídico” en relación a la obligación que la Unión Europea impone a los Estados miembros en el art. 19-1 2º del Tratado de la Unión Europea.

**III.-** El art. 19-1 TUE permite el surgimiento de una serie de efectos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en cuanto a la integración de los mismos en el sistema judicial de la Unión Europea. Estos cauces jurídicos ampararían diversos tipos de derechos subjetivos protegibles por el Derecho de la Unión y que precisarían de tutela que se evocaría ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Esta idea se sustenta en el efecto directo del Derecho europeo que permite a los particulares invocar directamente una norma europea ante una jurisdicción nacional o europea. Dicho efecto carecería de significado si los cauces jurídicos internos no permitiesen su invocación y obtención de un pronunciamiento de fondo sobre tales derechos.

El carácter heterogéneo de los sistemas procesales nacionales y las diferentes tradiciones jurídicas dificultan esta cuestión. Y por ello el art. 19-1 TUE constituye una cláusula abierta que exige la compatibilidad de los cauces previstos en Derecho interno con el comunitario.

**IV.-** Surge una tensión entre la necesidad de asegurar una protección jurídica efectiva del Derecho comunitario y la imposibilidad de crear una maquinaria homogénea de plenitud de cauces jurídicos internos de los Estados miembros, que establecen sus diferentes procesos y procedimientos propios.

A partir de la Sentencia Rewe I (C-33/76) de 1976 se puso de manifiesto tal problemática. Mientras que con carácter general se reconoció a los Estados miembros establecer condiciones procesales específicas, a la hora de su aplicación al Derecho de la Unión se limitó en dos circunstancias. La primera, que las condiciones procesales nacionales no podían hacer imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar. Este constituye el primer enunciado del principio de efectividad. Y la segunda, que las normas procesales aplicables a Derecho europeo no pueden ser menos favorables que las aplicables a cauces jurídicos similares de Derecho interno. Esta sería la configuración del principio de equivalencia.

Por tanto, la exigencia de establecer cauces jurídicos obliga a los Estados miembros a regular normas procesales mínimamente amplias y flexibles como para dar satisfacción o al menos no impedir a las pretensiones jurídicas subjetivas o acciones que se encuentren amparadas en el Derecho de la Unión. Estos principios disciplinarían la autonomía procesal de los Estados miembros de la Unión en los ámbitos regulados por el Derecho competencia de la Unión.

**V.-** Existen circunstancias específicas en las que el Derecho europeo exige a los tribunales nacionales de los Estados miembros la adaptación de los cauces jurídicos o procedimientos internos. Entre otras se incluye el establecimiento de medidas cautelares o provisionales para que un tribunal nacional plantee una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Esta circunstancia exigiría la adecuación de los cauces jurídicos o procedimientos internos de los Estados para la no obstaculización de la aplicación, ejecución o implementación del Derecho de la Unión Europea por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Se parte de la idea en virtud de la cual el Derecho procesal nacional no puede constituir una barrera u obstáculo para la aplicación o implementación del Derecho de la Unión Europea. El Derecho de la Unión que debe implementarse en los ordenamientos nacionales es principalmente de naturaleza sustantiva, lo que se contrastaría con el nacional, de naturaleza procesal y que impediría al juez nacional aplicar la norma europea. No se trata tanto de interpretar la norma procesal a la luz de una norma europea, sino de encontrar una interpretación de la norma procesal nacional que no obstaculice la aplicación del Derecho material de la Unión por parte de los tribunales nacionales.

**VI.-** A partir de la Sentencia Factortame I (C-213/89), se concibió que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario debe excluir la aplicación de una norma de derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales o cautelares.

El TJUE ha puesto de relieve la exigencia de que las legislaciones nacionales se ajusten al derecho comunitario y no impidan la aplicación del Derecho comunitario por los tribunales nacionales con el establecimiento de barreras de diversa índole.

Por ello si una disposición procesal nacional entra en conflicto con la plena eficacia del Derecho de la Unión la primera devendría inaplicable, hasta el punto que obligaría al órgano jurisdiccional a casi crear un nuevo cauce jurídico que no exista en el Derecho procesal nacional, o dicho de otro modo actuar *contra legem nationalis*.

**VII.-** En cualquier caso la jurisprudencia del TJUE es imprecisa respecto a cuándo las medidas cautelares deberían ser garantizadas, limitándose a afirmar que tal garantía cautelar debe operar siempre que la eficacia de la aplicación del Derecho europeo se esté socavando. Tal interpretación de la jurisprudencia europea puede llegar a ser problemática. Si no se establecen unos límites de aplicación temporal en razón del

momento procesal, la autonomía procesal de los Estados miembros puede llegar a debilitarse patológicamente hasta tal punto que cualquier divergencia en la que el Derecho europeo pueda formar parte directa o indirectamente provocaría una especie de presunción *contra legem* de las leyes procesales nacionales, con la consiguiente lesión de la seguridad jurídica ante el establecimiento de mecanismos o excepciones procesales no contemplados en las legislaciones procesales internas.

En este sentido, sostenemos que no consta en la normativa comunitaria que los derechos conferidos en el Derecho de la Unión necesariamente tengan que tener una satisfacción instantánea o *ipso facto* por el cauce jurídico más privilegiado que contemple la legislación nacional. De ser así el Derecho de la Unión hubiese precisado el cauce jurídico, momento procesal o tramitación concreta en el que deba darse virtualidad al Derecho europeo, aspecto que tampoco se delimita.

**VIII.-** La Unión no ha desarrollado un sistema plenamente positivizado de cauces jurídicos expresos para asegurar la plena eficacia del Derecho europeo. El principio de tutela judicial efectiva de los Derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario no exige que en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el Derecho europeo.

El sistema de protección jurídica establecida en los Tratados constitutivos de la Unión implica que cualquier acción que expresamente contemple o regule el Derecho nacional debe poder ejercitarse para garantizar el respeto de las normas comunitarias de efecto directo.

Sólo cabría llegar a una solución diferente en el extremo de que el sistema establecido por el ordenamiento jurídico procesal nacional no permita ninguna vía jurisdiccional, ni siquiera de carácter incidental, que garantice el respeto de los derechos conferidos por el Derecho comunitario. Tal interpretación respetaría al máximo la autonomía procesal de los Estados miembros, al partir de la presunción de que los Derechos procesales nacionales no tienen por qué vulnerar necesariamente el principio de efectividad.

Por ello consideramos que en las materias no expresamente reguladas por el Derecho de la Unión, o ante la inexistencia de normativa comunitaria, debe imperar el principio de autonomía procesal.

**IX.-** Aun así, la línea divisoria entre la necesidad de creación de un nuevo cauce jurídico-procesal y la adaptación del ya existente nunca se ha delimitado con claridad. La consideración primordial es la protección efectiva de los derechos establecidos en el



Derecho de la Unión, con la obligación para los Estados miembros reforzada tras la aprobación del art. 19-1 TUE con el Tratado de Lisboa.

Pero existen diferentes criterios. Por un lado, Sentencias como Unibet (C-432/05) han mostrado una menor intromisión en la configuración de los Derechos procesales nacionales, al posibilitar la satisfacción del Derecho de la Unión a través de los diferentes trámites o cauces jurídico-procesales nacionales, sin que sea necesaria la existencia de una acción autónoma cuyo objeto sea la satisfacción del Derecho de la Unión. Y por otro, resoluciones como Zuckerfabrik (C-143/88) constriñen el margen regulación procesal de los Estados en razón a la aplicación uniforme del Derecho comunitario o la sujeción de todos los Estados a requisitos de concesión uniformes.

**X.-** La disparidad de legislaciones reguladoras de procesos judiciales o procedimientos administrativos es una circunstancia que puede afectar a la plena realización del mercado interior europeo. La Unión Europea tiene un particular interés en el ordenamiento procesal de los Derechos procesales internos. Por ello, frente a la autonomía procesal de los estados, surge la llamada integración europea de los Derechos procesales nacionales.

Pueden señalarse dos técnicas de integración procesal. Por un lado, la armonización. Y por otro, el establecimiento de límites al principio de autonomía procesal, como los principios de equivalencia y efectividad, que supondría una integración indirecta a través de la jurisprudencia del TJUE.

El establecimiento de límites a la autonomía de un Estado miembro para regular el Derecho procesal bajo sus propios criterios supondría una vía de integración “negativa” o “armonización negativa”. Desde el plano teórico, los cauces jurídicos establecidos por los Estados miembros para satisfacer el Derecho de la Unión no llegarían a una realización plena por la legislación nacional o la interpretación de la misma, y esta circunstancia es corregida por el TJUE que evitaría que dicha legislación o interpretación se orienten en un sentido prohibido por el Derecho de la Unión.

De este modo, aunque si bien a día de hoy no se ha armonizado un Derecho procesal común europeo, el Tribunal de Justicia ha favorecido la elaboración y, por lo tanto, el reconocimiento de principios comunes de tutela judicial del Derecho de la Unión, en el que se enmarca el principio de efectividad. Se ha preferido esta vía por la flexibilidad que supondría la construcción jurisprudencial frente a la rigidez de la armonización y los consensos políticos que implicaría.

**XI.-** El principio de autonomía procesal se encuentra directamente entroncada con la idea misma de soberanía nacional, irrogándose para sí el Estado la competencia exclusiva en la legislación procesal. Aun así, la integración de un Estado en la Unión

Europea implica una cesión de soberanía que se canaliza en la atribución de competencias a la misma.

Por medio del principio de autonomía procesal, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los cauces jurídicos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario

Mientras que los Derechos subjetivos surgidos al abrigo de la Unión Europea tienen una única dimensión sustancial, cada Estado miembro tiene regulado su propio sistema de Derecho procesal.

A la hora de referirnos al principio de autonomía procesal debe incluirse tanto al Derecho procesal como al procedimiento administrativo. Y esto es así porque a la hora de implementarse el Derecho de la Unión en los Estados miembros, debido a la libre elección de medios, el legislador comunitario no especifica la naturaleza del cauce que debe proveer el Estado miembro.

**XII.-** El principio de autonomía procesal de los Estados miembros se encuentra tanto limitado como complementado por un rosario de otros principios de naturaleza comunitaria.

La plasmación del principio de subsidiariedad a la autonomía procesal implica que las normas de procedimiento nacionales pueden reflejar valores jurídicos, culturales y éticos profundamente arraigados que no deben obviarse por el Derecho europeo.

Algunos autores han señalado que principio de autonomía procesal no se trata tanto de un principio como de una técnica de remisión normativa. Nuestra postura es que la autonomía procesal sí es un principio con contenido sustancial propio, de trazado comunitario aunque derivado de la soberanía procesal de los Estados, enunciado por el TJUE incluso antes que sus dos principios limitadores. Tal contenido vendría atribuido por la combinación entre la atribución de competencias de la Unión y por las respectivas soberanías nacionales en materia procesal.

La remisión del ordenamiento de la Unión al nacional no es pura o simple, sino que se trata de una cuestión de compatibilidad regida por principios complejos en los que unas veces prima el derecho nacional y otras el comunitario. Además la aplicación de dichos principios no resulta ni clara ni uniforme, sino que adquiere múltiples matices y excepciones en la práctica judicial interpretativa.

**XIII.-** La Unión Europea no cuenta con competencia para legislar en materia procesal o procedimental interna de los Estados miembros. Como consecuencia del

principio de atribución de competencias, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. La materia procesal o procedimental, bien sea administrativa o judicial, no se encuentra dentro de las competencias expresamente establecidas en los artículos 4, 5 y 6 TFUE.

A pesar de la taxatividad del principio de atribución, este se ha visto mermado en su eficacia por la aceptación de las llamadas “competencias implícitas” enunciado en el art. 352-1 TFUE. No obstante, no existe base jurídica en la que se pueda fundamentar una competencia de la Unión en materia procesal. Y ni siquiera puede hacerse referencia a los criterios genéricos como el previsto en el art. 115 TFUE para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior. La propia jurisprudencia del TJUE excluye expresamente este proceder legislativo, pues sería contrario al propio tenor literal de dichas disposiciones y de las normas de competencia de atribución de la Unión.

Por tanto, negamos la eventual existencia de una auténtica competencia o poder comunitario de naturaleza implícita en materia de Derecho procesal interno de los Estados miembros, ni tan siquiera conferidas por los tratados para los ámbitos regulatorios de Derecho sustancial.

**XIV.-** La ausencia de competencia en materia procesal no impide realizar una interpretación extensiva de las propias competencias sustantivas de los respectivos ámbitos jurídicos sustantivos regulados por el Derecho de la Unión, lo que sustentaría el principio de efectividad. Ello no significa invocar la doctrina de los poderes implícitos, sino interpretar una competencia sustantiva ya previamente tasada.

Aun así entendemos que ello no purifica la real ausencia de una competencia comunitaria ni expresa ni implícita en materia de procesal interna de los Estados miembros.

De hecho, mantenemos que las particularidades procesales propias de los Estados pueden considerarse como rasgos de la identidad nacional y función del estado, aspectos que la Unión Europea debe respetar *ex art. 4-2 TUE*.

**XV.-** Especial problema plantea la aplicación del principio de primacía. No negamos que la plena vigencia del Derecho procesal nacional puede dar lugar al incumplimiento del Derecho de la Unión.

En base al principio de primacía, las normas de la Unión tendrían una aplicación prioritaria a la de los Estados miembros en las materias reguladas en el ámbito de las competencias atribuidas. Aun así, como sostenemos, no existe atribución de competencias en materia procesal o procedimental interna.

Entendemos que el efecto de primacía del Derecho europeo en el derecho nacional debe ser precisamente esa: estrictamente nomofilática y protectora del Derecho de la Unión, impidiendo que el Derecho procesal nacional se extienda en un sentido concreto que pueda imposibilitar la aplicación del Derecho de la Unión.

Aun no existiendo una específica competencia en materia procesal, sí que se justifica una interpretación que garantice la obligatoriedad del Derecho de la Unión en los Ordenamientos internos, en detrimento del procesal interno, pues de lo contrario supondría un incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Ahora bien, esta función de control del Derecho de la Unión supone una mera corrección para evitar su esterilidad.

**XVI.-** A la hora de valorar la autonomía procesal de los estados es preciso, de igual modo, tener en cuenta cómo entra en juego la eficacia directa de determinadas normas del Derecho comunitario y en concreto del llamado efecto útil. Estableciendo el Derecho comunitario diferentes derechos de dimensión sustantiva, no pueden los Estados, dentro de la libertad de elección de formas y medios para ejecutar el Derecho comunitario, establecer restricciones o impedir aplicar las normas que derivan de las disposiciones y objetivos del Derecho comunitario.

La libre elección de formas y medios de los Estados miembros debe conciliarse con la necesidad de aplicar el derecho comunitario de manera uniforme.

A falta de normas comunitarias específicas es el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro el que designa al órgano jurisdiccional competente y establece los cauces y normas procesales o judiciales destinados a garantizar la protección de los derechos subjetivos con arreglo a normas europeas de efecto directo.

De este modo la autonomía procesal implica un margen de maniobra exclusivo de los Estados a la hora de elegir y establecer los medios y procedimientos que garanticen la efectividad del Derecho comunitario.

**XVII.-** La doctrina se pronuncia en sentido contradictorio entre las posiciones que abogan por otorgar más peso al principio de autonomía procesal frente al de efectividad y los que consideran que la efectividad debe constituir el vértice aplicativo a los Derechos procesales nacionales.

Aun admitiendo la diversa atribución de competencias, y sin que acojamos en consecuencia una postura negacionista del principio de autonomía procesal, consideramos que el principio de efectividad es un principio general del derecho de la Unión Europea, forma parte del Derecho primario y por lo tanto gozaría de estatus constitucional dentro del ordenamiento comunitario.

Entendemos que, aun así, el principio de efectividad no debe primar de forma absoluta sobre el principio de autonomía procesal. Esto es así por dos razones.

La primera, porque los efectos del principio de efectividad no pueden aplicarse de modo absoluto, sino que debe tenerse en cuenta la totalidad del Ordenamiento procesal interno y nunca un trámite procesal aislado. Ello con independencia de que la norma a la que de virtualidad el principio de efectividad tenga el rango de orden público comunitario.

La segunda, porque aunque el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión se ha plasmado en el art. 47-1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y este tiene un contenido coincidente en parte con el principio de efectividad, se encuentra limitado por lo dispuesto en el art. 51 CDFUE. Y por lo tanto no podrá tener mayor extensión que la propia aplicación a un Derecho europeo concreto y específico sin que pueda extenderse a la totalidad del Derecho interno.

**XVIII.-** La autonomía procesal de los Estados miembros ha ido limitándose progresivamente por el Derecho de la Unión, y en particular en las normas de Derecho procesal civil.

Una de las resoluciones de mayor trascendencia fue la Sentencia Aziz (C-415/11), con múltiples repercusiones en Derecho privado español en sus dimensiones civil, de Derecho de consumo, mercantil o, como en el caso que nos detendremos, de Derecho procesal de la ejecución hipotecaria.

En dicha Sentencia, el TJUE analizó la adecuación de la autonomía procesal española a los límites de los principios de equivalencia y efectividad sobre dos procesos relacionados: uno declarativo y otro de ejecución hipotecaria. En el proceso declarativo no se impide el pleno conocimiento del Derecho de la Unión Europea, pero dicho procedimiento no podía generar ningún tipo de efecto sobre el proceso ejecutivo iniciado. En el proceso de ejecución se procede a la ejecución forzosa de un título ejecutivo que puede presentar cláusulas abusivas conforme al Derecho europeo de la Directiva 93/13. No obstante, si en dicho proceso no se puede plantear la posibilidad de que las cláusulas que se van a ejecutar son o no conformes con el Derecho de la Unión mediante la suspensión, se atentaría contra el principio de efectividad.

Y tal era el caso de la ejecución hipotecaria española, en la que en la regulación aplicable al momento del procedimiento sólo se admitía la oposición del ejecutado como alegaciones de parte con efecto suspensivo si la causa de oposición se encontraba entre las tasadas por la ley exclusivamente, entre cuyos motivos no se encontraba la abusividad de las cláusulas conforme al Derecho de la Unión.

En cualquier supuesto, a partir de este caso se inició un replanteamiento del proceso español de ejecución hipotecaria a la luz de la aplicación del principio de efectividad de Derecho europeo de consumo.

**XIX.-** La doctrina científica ha distinguido diferentes dimensiones para el principio de efectividad. Por un lado la efectividad de las disposiciones normativas o legislativas concretas del Derecho comunitario. Por otro, la efectividad en la persecución de los objetivos de la Unión y protección de los valores fundamentales de la misma. Igualmente, efectividad en la asignación de las competencias; o efectividad en el funcionamiento de los procesos y procedimientos y los cauces jurídicos internos de los Estados miembros.

A los efectos de concretar, en el presente estudio nos hemos centrado en la dimensión concreta denominada principio de efectividad en la regulación procesal interna para la satisfacción del Derecho europeo. Esta dimensión supondría la combinación de la efectividad de disposiciones normativas o legislativas del Derecho europeo, que de por sí genera efectos vinculantes para los Estados miembros; y la efectividad en el funcionamiento de los diferentes procesos o cauces jurídicos regulados en los diferentes Ordenamientos jurídicos internos.

Este principio implica una revisión a favor del Ordenamiento jurídico de la Unión siempre que el Derecho procesal interno no fuese adecuado para garantizar el nivel de protección considerado por el Tribunal de Justicia, como estándar mínimo. Tal estándar pasaría por que el Derecho procesal o procedimental interno no podría llegar a constituir una barrera para la aplicación o conocimiento del Derecho de la Unión a manos del juez nacional.

**XX.-** El principio de efectividad fue desarrollado sin encontrarse explícitamente consagrado en ninguna disposición del Derecho primario ni en ningún Tratado de la Unión Europea hasta su definitiva inclusión en el art. 19-1 TUE, pues hasta entonces fue reconocido como un principio general del Derecho comunitario solo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El ámbito de aplicación del principio de efectividad se extendería a todas las normas de Derecho de la Unión, si bien puede llegar a adquirir mayores niveles de protección en el caso de que la norma comunitaria tenga el rango de norma de orden o interés público comunitario.

**XXI.-** Siendo el principio de efectividad tan difuso e impreciso, la delimitación de sus fundamentos jurídicos es compleja. No obstante, pueden señalarse diferentes

preceptos de Derecho primario en los que puede sostenerse el principio de efectividad del Derecho de la Unión.

Entre tales preceptos puede señalarse el art. 4-3 párrafo 2º del TUE, que establece la obligación positiva dirigida a los Estados de tomar todas las medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias, y el art. 19-1 del TUE. Igualmente cabría incluir los preceptos que garantizan el carácter obligatorio del Derecho de la Unión como el art. 288 del TFUE, y la competencia del TJUE para pronunciarse con carácter prejudicial en el art. 267 TFUE.

En las fuentes de Derecho secundario o derivado el legislador europeo ha ido plasmando manifestaciones del principio de efectividad aplicados a regulaciones concretas.

**XXII.**- Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del TJUE han empleado las nociones de efectividad, efectividad de la tutela judicial y tutela judicial efectiva de forma amplia y siempre en relación a la necesidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales no minen la aplicación del Derecho de la Unión. Pero de entre todas las denominaciones pueden extraerse dos conceptos jurídicos esenciales: el principio de efectividad del Derecho de la Unión, por un lado, y el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión, regulado en el art. 47-1 CDFUE, por otro.

La relación entre dichos conceptos es extensa y confusa. Además de basarse en fundamentos jurídicos distintos, el primero se trata de un principio y el segundo de un derecho subjetivo de ámbito comunitario. Como principio se erige como criterio configurador del Ordenamiento jurídico en su conjunto, mientras que el derecho afecta a una relación jurídica concreta. De este modo ambos tienen objetivos y razones diferentes.

Respecto al contenido del derecho y del principio que comentamos, la similitud es mucho más amplia, hasta el punto de que los entendemos incluidos o íntimamente ligados, en su concepto y extensión. Aun siendo diferente la naturaleza jurídica, las ideas esenciales coinciden: se trata de impedir que el Derecho de la Unión resulte inaplicable por encontrarse el juez nacional ante una barrera de Derecho interno (establecida por el Estado miembro por medio de la función legislativa procesal) que obstruya la correcta aplicación o ejecución del Derecho europeo.

**XXIII.**- Antes de la promulgación de la CDFUE, el TJUE interpretó en la Sentencia del asunto Johnston (C-222/84) el deber de los Estados miembros de disponer de un cauce jurídico adecuado que deriva directamente del principio de efectividad en consonancia con los textos internacionales de Derechos humanos así como las tradiciones constitucionales comunes de los Estados. La razón de esta interpretación

explica dos cosas: en primer lugar, que la protección del Derecho a la tutela judicial efectiva comunitaria fue aplicada antes de su nacimiento en la Carta de Niza de 2000 al hilo del control del principio de efectividad, y como consecuencia la aludida confusión doctrinal en cuanto al contenido de ambas figuras.

No obstante los mismos convergerían hasta casi identificarse en su contenido esencial cuando un derecho subjetivo nacido en el Ordenamiento comunitario deba o solo pueda alcanzarse a través del Derecho procesal nacional.

**XXIV.-** Entendemos, -en consonancia con las conclusiones del Abogado General Szpunar, en el caso *Finanmadrid* (C-49/14)-, que el principio de efectividad se traduce, entre sus múltiples manifestaciones, en el hecho de que se impone a los Estados miembros la obligación general de garantizar la tutela judicial de los derechos dimanantes del Derecho de la Unión.

Dado que además el principio de efectividad surge con anterioridad al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión, entendemos que el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comunitaria se añade al principio de efectividad, pero en ningún modo la sustituye.

Incluso se ha llegado sostener que el grado de tutela del principio de efectividad puede llegar a ser mayor que el Derecho del art. 47-1 TFUE en el ámbito de Derecho europeo de consumo.

Por todo ello, no puede interpretarse el principio de efectividad como una mera manifestación general del derecho de tutela judicial efectiva. De hecho, en la mente del legislador comunitario no está el integrar el principio de efectividad del Derecho de la Unión en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, sino la convivencia de los mismos en sus distintos ámbitos de aplicación.

**XXV.-** El principio de efectividad coincidiría en su contenido protector con el Derecho de tutela judicial efectiva del Derecho europeo cuando el canal en el que el derecho subjetivo de la Unión hubiese de plasmarse fuese un cauce jurídico jurisdiccional o no jurisdiccional, pero en todo caso de naturaleza jurídico-procesal.

El principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva interseccionan y comparten parte de su contenido de protección. En ambos derechos los Estados miembros están obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo y aplicación del Derecho de la Unión, y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales. Añadimos que esta invocación efectiva debe redundar en la no obstaculización, ni por la legislación procesal ni por la actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales, de la invocación o aplicación del Derecho de la Unión.



Pero en cualquier caso, y como hemos detallado en la conceptualización general, el principio de efectividad posee un ámbito de aplicación más amplio, que no se limita a las regulaciones procesales internas para la satisfacción del Derecho europeo. Y a su vez el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye otras manifestaciones, comprendidas en el art. 47 párrafos segundo y tercero.

**XXVI.-** La contravención del principio de efectividad produce resultados diferentes. Este principio requiere al juez nacional un esfuerzo superior en cuanto a su ajuste. Puede implicar una interpretación coherente de las normas procesales nacionales, o llevar a la inaplicación del derecho procesal interno, e incluso hasta imponer la creación de una nueva norma o conducta procesal para proporcionar la protección judicial adecuada del derecho europeo reclamado.

Mientras que la interpretación conforme implica elegir de entre las múltiples opciones interpretativas la más respetuosa con el Derecho de la Unión, lo que supondría una intromisión mínima o casi inexistente en la disciplina del Derecho procesal, la inaplicación y creación de una nueva norma sí que suponen conductas más invasivas en lo que respecta a los Derechos procesales internos.

**XXVII.-** La aplicación jurisdiccional del principio de efectividad implica una primera intervención del juez nacional, y vicarial del TJUE, a expensas de las posibles dudas sobre la aplicación del principio.

La idea fundamental para su aplicación se sustentaría en la inexistencia o existencia defectuosa de cauces jurídicos nacionales eficaces, en los que mediarían obstáculos para los justiciables.

Los obstáculos al Derecho de la Unión pueden provenir de una norma de naturaleza sustantiva o procesal, y pueden no ser inmediatamente evidentes. La exigencia fundamental es que la protección del Derecho comunitario deba de ser adecuada. No basta con que el Estado miembro se abstenga de evitar que las normas procesales nacionales supriman o repriman el ejercicio de los Derechos de la Unión. Existe un deber positivo de garantizar la aplicación del Derecho comunitario. Por lo tanto, este principio se traduce en una obligación de resultado para los Estados miembros.

Para saber qué cauce jurídico sería el adecuado para el derecho subjetivo de la Unión y hasta qué punto se extendería, hay que atender al contenido específico del Derecho comunitario que los cauces pretenden asegurar o salvaguardar.

**XXVIII.-** La consecuencia o efectos de la apreciación de la posible conculcación del principio de efectividad a través de una norma procesal interna sería la integración de dicha norma nacional a través de la vía interpretativa. Si no pudiese ser integrada, deberá inaplicarse o modificarse en el caso de que no permitiese su integración.

Esto se lograría de dos modos: por un lado creando cauces jurídicos no regulados en el ordenamiento procesal correspondiente, en contra de lo dispuesto en el Derecho nacional. Y, por otro, desaplicando la norma o mecanismo procesal interno correspondiente.

A la hora de inaplicarse el Derecho procesal nacional, el TJUE ha atendido a una evolución particular. En una primera etapa se ha acudido a esta solución cuando la norma interna constituía una barrera a la aplicación del Derecho subjetivo en cuestión. A partir del año dos mil se ha tenido en cuenta la existencia de normas que tienen un carácter fundamental en el Derecho de la Unión, como son las normas de orden o interés público comunitario.

**XXIX.-** El juicio sobre la adecuación de la norma procesal nacional al principio de efectividad implica un análisis jurídico complejo en el que no sólo debe tenerse en cuenta el propio contenido de la norma europea.

Entendemos que deberá tenerse en cuenta no sólo si el cauce jurídico específico o enjuiciado del Estado hace excesivamente imposible la aplicación del Derecho comunitario, sino de si del conjunto de cauces jurídicos previstos en el ordenamiento procesal interno, con las múltiples posibilidades y fases que puedan prever, tal fin es frustrado verdaderamente por la imposibilidad de su consecución.

Podría sostenerse en primer lugar la necesidad de una aplicación gradual. Para ello se habría de recurrir en primer lugar al principio de interpretación conforme, y solo si ello no fuese posible, en última instancia desaplicar la norma procesal en cuestión en virtud de los efectos del principio de efectividad del Derecho de la Unión en el sistema procesal jurídico interno, bien por el anteriormente citado poder desaplicador del juez nacional de la norma interna o por una interpretación de inadecuación del Derecho nacional con el europeo proveniente del TJUE. De hecho, en sustento de esta opinión doctrinal puede señalarse que existe doctrina del TJUE en la que lo que se declara opuesto a Derecho de la Unión es una interpretación jurisprudencial de los tribunales nacionales, en lugar de la propia norma nacional.

De los comentados casos *Peterbroeck* (C-312/93) y *Van Schijndel* (C-430/93) entendemos que el Tribunal de Justicia ofrece un criterio interpretativo clave: el cauce jurídico particular evaluado con el principio de efectividad forma parte de un complejo sistema procesal interno, en el que el Derecho comunitario no puede ocupar una posición invasiva e indiscriminada. De lo contrario podría argumentarse que la Unión

estaría acometiendo una clara armonización que extralimitaría el ámbito de sus propias competencias atribuidas en los Tratados.

**XXX.-** Para ello, entendemos antes de desaplicar la norma por obra del principio de efectividad, se debe proceder a un análisis omnicompreensivo. Ello conllevaría tener en cuenta la totalidad de cauces jurídicos y mecanismos procesales del sistema procesal interno de un Estado miembro, antes de procederse a desaplicar la norma por obra del principio de efectividad.

Más que cuestionar un cauce jurídico concreto de los Derechos procesales nacionales, el Tribunal de Justicia debería tener en cuenta la globalidad del Ordenamiento jurídico interno. No debe sólo entrarse a valorar si un trámite aislado, concreto y específico impide al justiciable accionar o tratar de satisfacer el derecho sustantivo concreto que le confiere el Derecho de la Unión Europea.

Para ello es preciso observar si del conjunto del procedimiento, con todos sus actos, trámites y fases, finalmente se podrá hacer posible en la práctica o no excesivamente difícil el ejercicio del Derecho comunitario; o si de entre las múltiples opciones que el Ordenamiento procesal interno pone a disposición del individuo alguna de ellas es apta para hacer posible dicho derecho sustantivo sin que cause perjuicio para el titular del derecho subjetivo comunitario.

**XXXI.-** El principio de efectividad se ha manifestado en diversos ámbitos normativo del Derecho de la Unión. De entre ellos destaca el Derecho europeo de consumo, en tanto que el Tribunal de Justicia ha ido atribuyendo cada vez mayor amplitud al principio de efectividad como factor limitador y limitativo de los Derechos procesales internos.

Cada vez es mayor la amplitud y comprensión a la que se ha ido dotando al principio de efectividad como factor limitador de los Derechos procesales internos, en relación a su configuración original. Puede señalarse como una *vis expansiva* en las zonas cubiertas por el Derecho de la Unión. Con ello se ha elevado el umbral de efectividad con el Derecho europeo de consumo de no vinculación de cláusulas abusivas, con la consiguiente repercusión en los derechos procesales nacionales.

En el ámbito de Derecho europeo de consumo el principio de efectividad adquiere tal matiz en su diferenciación, que el margen de discrecionalidad de los Estados miembros en la legislación pasa a ser casi nulo en la práctica. El principio de efectividad deja de ser un criterio negativo o corrector de la autonomía procesal y se convierte en un criterio positivo y directo. No solo iría dirigido al juez nacional en la aplicación del Derecho sustantivo de la Unión, sino al legislador nacional que se ve obligado a adaptar el Derecho procesal nacional a los estándares comunitarios.

La idea esencial es que el TJUE, a la hora de definir el ámbito de protección al consumidor que ofrece la Directiva 93/13, ha optado por fortalecer la posición jurídica del consumidor frente a la regulación procesal interna.

**XXXII.-** En concreto son dos los preceptos de la Directiva 93/13 los que han generado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reinterpreta el principio de efectividad a partir del Derecho de consumo: el art. 6-1, que establece el principio de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas en los Derechos nacionales, y el art. 7-1, que establece la obligación de proporcionar medios adecuados y eficaces para el cese de uso de cláusulas abusivas por los Estados.

La expresión “medios adecuados y eficaces” resulta de tal amplitud que en ella pueden incluirse todo tipo de procedimientos, si no todos, en los que el Estado deba garantizar el presupuesto del Derecho de la Unión de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas.

Por ello la obligación del Estado de garantizar la existencia de dichos medios adecuados y eficaces para el cese del uso de cláusulas abusivas puede señalarse como una plasmación del principio de efectividad aplicado al Derecho europeo de consumo sobre no vinculación al consumidor de cláusulas abusivas.

**XXXIII.-** Se ha criticado la limitación de la eficacia aplicativa de la Directiva 93/13 al carecer, como Directiva, de efecto directo horizontal. Por lo tanto no podría invocarse entre particulares con carácter general si no se transpone en los Derechos internos.

No obstante, la carencia de efecto directo horizontal de las directivas se diluirá en razón a la distinta naturaleza de orden público comunitario que ostenta el Derecho europeo de no vinculación de cláusulas abusivas, en lo que respecta a la protección del consumidor, al estar dotado de mayor fuerza imperativa. Por esta razón transgrediría los límites de alcance y eficacia atribuidos por los Tratados de Derecho primario a la directiva.

**XXXIV.-** A la hora de aplicar, en sede judicial, el Derecho de la Directiva 93/13 no basta simplemente con que las partes hayan contado con una oportunidad efectiva para formular un motivo de alegación basado en Derecho comunitario, dada su naturaleza de norma de orden público comunitario.

Para que una norma sea considerada de orden público comunitario debe estar diseñada para servir a un objetivo fundamental del ordenamiento jurídico comunitario y debe jugar un papel significativo en el logro de ese objetivo. Además la norma debe

establecerse en interés de terceros en general. Correspondería al TJUE delimitar qué materias específicas pueden considerarse de orden público comunitario o no.

Son dos las materias que hasta hoy el TJUE ha declarado de orden público comunitario: el Derecho europeo de protección de los consumidores y la protección de la competencia del mercado común. En concreto el TJUE, en su Sentencias *Mostaza Claro* (C-168/05) y *Asturcom* (C-40/08) se calificó la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores como de interés u orden público comunitario.

El efecto principal que tendría la Directiva 93/13, como norma de orden público, sería que se trataría de una disposición de carácter imperativo. Como consecuencias, además de ser directamente aplicables en el ordenamiento jurídico nacional, comportan mayores deberes y obligaciones para el juez nacional dada su importancia para el funcionamiento o fines de la Unión.

Resaltamos que si los órganos jurisdiccionales nacionales se encuentran ante una norma imperativa, deben aducir de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma comunitaria imperativa aun no habiendo sido invocada por las partes. Y correspondería a los mismos órganos jurisdiccionales nacionales proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las normas imperativas.

Sobre esta base, el TJUE ha ido ampliando paulatinamente los poderes y obligaciones del juez civil en los procesos entre consumidores y usuarios a la hora de aplicar el Derecho de la Unión.

**XXXV.-** Adicionalmente la tutela del consumidor asume una posición de rango constitucional dentro del sistema comunitario. Y gracias a este reconocimiento constitucional los consumidores se convierten en titulares de posiciones jurídicas subjetivas inmediatamente tutelables en los ordenamientos internos, con la posibilidad de hacer valer el Derecho europeo de consumo aun no previéndolo el Derecho interno.

La doctrina ha extendido la dimensión constitucional europea al acervo comunitario de consumo.

No obstante el TJUE partió de una concepción diferente en la Sentencia *El Corte Inglés* (C-192/94). En virtud de la misma, en el Derecho primario de la protección de los consumidores el alcance del Tratado sería limitado por el contenido de su tenor literal y la invocabilidad *inter privatos* del Derecho secundario que requeriría de una transposición se subyugaría a la adaptación del Derecho interno. Pero esta jurisprudencia ha mutado a partir del caso *Océano* (C-240/98), al exigirse una protección adicional para lograr la efectividad de la Directiva.

Entre otras consecuencias del carácter imperativo del Derecho de la Directiva 93/13, junto con la actuación de oficio que deriva del carácter imperativo, se produciría

el efecto directo horizontal de normas jurídicas que carecerían en principio del mismo. De este modo la falta de transposición no podrá constituir una barrea para la invocabilidad de la Directiva 93/13 entre particulares.

**XXXVI.-** El TJUE ha limitado y concretado la actuación de oficio del juez nacional en aplicación del Derecho de la Unión a la salvaguardia de las materias de interés u orden público comunitario. Ello sería la consecuencia más directa del carácter imperativo de dichas normas y su principal rasgo diferenciador.

Por ello, la Sentencia Océano (C-240/98) es la primera resolución del TJUE en la que aun no declarándose expresamente el Derecho de consumo como materia de orden público comunitario se da el tratamiento de norma especial con mayor fuerza imperativa, al imponerse la actuación de oficio del juez nacional en base al principio de efectividad.

Como particularidad, en la Sentencia Océano no había ninguna norma nacional que pudiese ser interpretada para alcanzar el objetivo de la Directiva 93/13. De este modo el TJUE sustenta la idea de que la protección efectiva del consumidor sólo podrá lograrse si el órgano jurisdiccional nacional reconoce que está facultado para apreciar de oficio las cláusulas protegidas por la Directiva.

Esta interpretación del principio de efectividad llega a ser tan fulminante que el propio TJUE, en el caso Cofidis (C-473/00), considera que una expresa norma procesal que prohíba al juez nacional el conocimiento de oficio atentaría al principio de efectividad.

El deber de actuación de oficio incluye igualmente la obligación de los tribunales nacionales de tomar medidas o diligencias de práctica de prueba de oficio, lo que constituye una importante objeción al principio de aportación de parte en el proceso civil. E igualmente desaparece la obligación del consumidor de invocar por sí mismo el derecho concreto frente al profesional ante el posible riesgo de que ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos.

**XXXVII.-** El principio de efectividad en materia de no vinculación de cláusulas abusivas, tuvo en un primer momento importantes matizaciones en relación a la conducta procesal del deudor consumidor.

Así, en el caso Asturcom (C-40/08) el TJUE entendió que el respeto del principio de efectividad no podía llegar hasta el punto de exigir que un órgano jurisdiccional nacional debiese subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos, sino tampoco suplir íntegramente una absoluta pasividad del consumidor interesado que ni participa en el procedimiento en el que se discute su derecho ni promueve su impugnación cuando se resuelve en su contra.

E igualmente, el principio de efectividad tampoco exige el deber de actuar de oficio si el examen del motivo obligara al juez a salirse de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes.

**XXXVIII.-** No obstante el propio TJUE se retracta de la matización sobre la pasividad del consumidor en su Sentencia Banco Español de Crédito (C-618/10).

De este modo se reinterpreta el principio de efectividad: no es suficiente que el sistema procesal nacional ponga a disposición del consumidor algún modo de defender sus derechos. Sería contrario al principio de efectividad el hecho de que Derecho procesal no permitiese o regulase expresamente que fuese el juez quien controlase de oficio la validez de las cláusulas contractuales en las que se funde el título ejecutivo, sin necesidad de que lo pida el consumidor.

Bajo nuestra posición, entendemos que la consideración de orden público comunitario de la Directiva 93/13 no puede justificar una aplicación exorbitante del principio de efectividad si el consumidor cuenta con una oportunidad efectiva para formular la vulneración del Derecho de consumo. Tal oportunidad efectiva debe implicar además la ausencia de riesgos para el consumidor como resultado de la pendencia del procedimiento.

A partir de Banco Español de Crédito comienza a presumirse una inadecuación más intensa de los cauces jurídico-procesales nacionales, en especial con el Derecho europeo de consumo, en cualquier aspecto que pudiese ser no directamente favorable al consumidor. Todo ello con independencia de la posición activa o pasiva del consumidor en la defensa de sus intereses conforme a los mecanismos de defensa establecidos en el Derecho procesal interno.

Aun así, el TJUE se ha mostrado vacilante en su jurisprudencia. En la Sentencia Banco Español de Crédito se entendió que si no se permitía al juez conocer de oficio en la fase de admisión de la demanda se conculca el principio de efectividad, si el tribunal dispone de todos los elementos para emitir su juicio. Por el contrario en Banif Plus (C-312/14) entendió que si el incidente nacional prevé una sustanciación contradictoria, no se vulneraría el principio de efectividad, con independencia del momento procesal en el que tenga lugar.

**XXXIX.-** La nota de la jurisdiccionalidad ha sido delimitada por el TJUE como otro presupuesto esencial para la plena efectividad del Derecho europeo de consumo. El hecho de que el órgano al que corresponde el examen de los presupuestos del Derecho europeo no tenga la condición de juez o magistrado ha tenido repercusiones de diversa índole, incluyendo posiciones jurídicas que van desde su aceptación a su repudio por el TJUE.

En este punto el TJUE vuelve a presentar resoluciones dispares. En su sentencia ERSTE (asunto C-32/14) entendió que las obligaciones que el Derecho europeo de consumo configura para el ejercicio a manos de autoridades de la función judicial no son aplicables a la función no jurisdiccional (notarial, en el caso ERSTE) dadas sus diferencias, en tanto que el Derecho de la Directiva 93/13 no lo establece como competente de promover un incidente contradictorio entre las partes a cuyo término haya de pronunciarse sobre el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual. Y por tal razón entendió la no conculcación al principio de efectividad del Derecho de ejecución forzosa húngaro.

En sentido claramente contrario, en el asunto Finanmadrid (C-49/14) sí que se constata la vulneración del principio de efectividad, ya que interviniendo un profesional de función no jurisdiccional (Letrado de la Administración de Justicia) se entiende que los derechos contemplados por la Directiva 93/13 solo podrían garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permitiese un control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato ejecutado por una autoridad judicial.

Entendemos que tales resoluciones son contradictorias entre sí, y justificarían una revisión aclaratoria de la jurisprudencia del TJUE en este sentido.

**XL.-** Al margen de lo expuesto en la conclusión anterior, pueden destacarse dos ideas. Por un lado, la diferenciación entre la función judicial de otras de carácter no judicial. Y, por otro, que la Directiva 93/13 no regula el papel atribuible a la autoridad o profesionales no judiciales cuando ejercen atribuciones que corresponden a la autoridad judicial, como la capacidad de emitir títulos ejecutivos.

Como exigencia adicional, el Derecho procesal interno debe establecer las correspondientes vías de impugnación y cauces jurídicos para garantizar un control jurisdiccional de las funciones desempeñadas por la autoridad o profesional no judicial, que correspondan directamente a la autoridad judicial.

Ahora bien, si del procedimiento asistido por la autoridad o profesional no judicial emana una resolución con fuerza de cosa juzgada, con efectos análogos a una resolución judicial y la autoridad no judicial carece de la competencia para llevar a cabo el examen o apreciación de la eventual abusividad de las cláusulas en el contrato, en tal caso se conculcaría el principio de efectividad.

**XLI.-** El artículo 6-1 de la Directiva 93/13 establece el llamado principio de no vinculación de las cláusulas abusivas. Al igual que con el principio de efectividad, sus principales obligados son los legisladores de los Estados miembros y las autoridades judiciales.



Los efectos de la declaración de abusividad de una cláusula por los Órganos jurisdiccionales nacionales y el margen de maniobra que les queda a estos últimos, es una materia igualmente controvertida y de indudables efectos procesales.

La postura del TJUE comenzó por reconocer, como única consecuencia de la abusividad, que los jueces nacionales dejasen sin aplicación la cláusula. Todo ello sin que estuviesen facultados para modificar el contenido ni integrar judicialmente el contrato.

Esta posición, que comenzó siendo rígida, fue flexibilizándose, introduciéndose el requisito de la sustitución. Ello supone sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional si la abusividad de la cláusula obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, pero siempre que la subsistencia del contrato constituyese una circunstancia especialmente favorable para el consumidor.

Es una circunstancia controvertida, en lo referente al carácter absoluto de las consecuencias de la declaración de abusividad la llamada *blue pencil doctrine*. En base a la misma, puede contemplarse la posibilidad de que lo abusivo no fuese todo el contenido de una cláusula enjuiciada, sino únicamente una parte de la misma. Bajo este prisma sería posible la continuación de la ejecución de dicha cláusula, aun siendo una parte de ella nula por abusiva. Entendemos que la *blue pencil doctrine* podría llegar a constituir otra excepción al carácter taxativo que el TJUE concede a los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, en tanto que no supone una aplicación parcial de la parte de la cláusula declarada abusiva. Tal característica diferenciaría a esta figura de la moderación.

**XLII.-** La aplicación de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 a las ejecuciones de contratos con una garantía hipotecaria ha tenido múltiples vicisitudes. La autonomía procesal de los Estados ha ido cediendo terreno al principio de efectividad conforme se ha ido sometiendo a criterio del TJUE las distintas tramitaciones y efectos del procedimiento español de ejecución hipotecaria.

Desde el momento en el que la regulación procesal nacional de la ejecución de la garantía hipotecaria limita la facultad del juez nacional para aplicar el Derecho de la Unión en cualquiera de las manifestaciones o márgenes de actuación de los que dispone un órgano jurisdiccional en su actuación ordinaria estaría transgrediendo la línea roja del principio de autonomía procesal y conculcando el principio de efectividad.

**XLIII.-** En términos generales, en el procedimiento español de ejecución hipotecaria el TJUE amplía los deberes y potestades del juez nacional en contra de la propia legislación procesal interna cuando interpreta que esta puede constituir una barrera para la declaración de abusividad conforme al Derecho de la Unión.

Se ha constatado una oposición en tanto que no ha permitido al juez que conoce de la ejecución examinar el carácter abusivo de una cláusula que sirve como fundamento al título ejecutivo. Tal contradicción se ha constatado cuando el Derecho interno ha impedido adoptar medidas que garanticen la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del proceso declarativo en el que se debate la abusividad de la cláusula.

En la Sentencia Sánchez Morcillo I (C-169/14) también se ha entendido atentatorio del principio de efectividad el hecho de que no se permita que el consumidor pueda interponer recurso contra la decisión de desestimar la oposición a la ejecución, al colocar al deudor ejecutado en una situación de inferioridad en relación con el profesional, quien sólo tenía derecho a recurrir en apelación en la regulación anterior a la Ley 9/2015.

Tampoco se ha interpretado como respetuoso el establecimiento de un incidente extraordinario en la legislación transitoria de la Ley 1/2013 tendente a alegar la abusividad de las cláusulas abusivas en los procedimientos ejecutivos en curso, al no haberse notificado personalmente a los consumidores la posibilidad de alegar dichos motivos.

El reconocimiento de una posible barrera procesal puede llegar a ser tan amplia que el TJUE ha establecido que ni el Derecho procesal interno ni su jurisprudencia pueden prohibir al juez nacional declarar la nulidad de una cláusula abusiva conforme al Derecho de la Unión, ni siquiera bajo la premisa de que el profesional no ha aplicado la cláusula en la práctica a la hora de ejecutarse el título que la contiene.

**XLIV.-** Mención especial merece el efecto de cosa juzgada que la legislación atribuye a un título ejecutivo en el que se ha planteado un incidente de oposición por una cláusula concreta.

En la Sentencia Banco Primus (C-421/14) el TJUE interpretó que el art. 207 de la LEC impedía al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existía un pronunciamiento sobre la legalidad de las cláusulas de ese contrato a la luz de la Directiva 93/13. Y que en tal caso el Derecho de la Unión obligaría al juez a apreciar el carácter abusivo las cláusulas cuyo carácter abusivo no se hubiese examinado. Entendemos que el TJUE puede errar en tal valoración, pues precisamente el Derecho procesal español ni en su tenor legal, ni doctrinal ni jurisprudencial impide que se pueda volver a conocer sobre el carácter abusivo de otras cláusulas presentes en el contrato, teniendo en cuenta lo prescrito en los arts. 222 y 400, ambos de la LEC.

**XLV.-** El Tribunal de Justicia en su Sentencia Kušionová (C-34/13) resalta un elemento importante para aceptar la conformidad de los procedimientos nacionales de

ejecución de garantía hipotecaria al Derecho europeo de consumo y la efectividad del mismo cuando median dos elementos de clara trascendencia jurídica: la vivienda familiar y el carácter de consumidor del propietario. Tal característica sería la posibilidad del juez nacional disponga de medidas cautelares que puedan suspender o contrarrestar un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria cuando la concesión de dichas medidas se manifieste necesaria para garantizar la efectividad de la protección pretendida.

La interpretación del TJUE en este sentido es clara: si el objeto del proceso tramitado ante el tribunal nacional correspondiente se trata de la vivienda familiar de un consumidor entonces la interpretación del principio de efectividad debe contemplarse a la luz de los textos europeos de Derechos fundamentales.

**XLVI.-** No obstante de toda la interpretación correctora del proceso de ejecución hipotecaria a la luz del principio de efectividad en sede del TJUE, la jurisprudencia del TJUE sólo alcanza al ámbito de aplicación de la norma que interpreta. Por esta razón no puede sostenerse una revisión completa del proceso de ejecución hipotecaria que vaya más allá de la protección del consumidor contra el uso de las cláusulas abusivas. Ni siquiera bajo la premisa del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE podría procederse a tal análisis, pues por efecto del art. 51 de la propia CDFUE no puede invocarse separadamente de las normas de Derecho de la Unión.

Tal reflexión conduce a una conclusión elemental: fuera de los ámbitos que hemos expuesto y desarrollado en el texto principal, el proceso de ejecución hipotecaria en su redacción actual no tiene por qué ser plenamente incompatible con el Derecho de la Unión.

Obviamente existen aspectos de la regulación procesal cuya compatibilidad puede llegar a interpretarse difícil, y de hecho muchos asuntos están *sub iudice*. Pero el Derecho de la Unión no puede utilizarse para justificar una plena revisión del proceso de ejecución hipotecaria.

Aunque en muchos aspectos el proceso español de ejecución hipotecaria pueda resultar perjudicial para los particulares ejecutados, el legislador español es libre de dar una prioridad legislativa al interés de la más ágil tutela y recuperación del crédito bancario, en base al principio de autonomía procesal. Para censurar tal libertad legislativa debe contravenirse el Derecho de la Unión en alguna norma concreta.

Tal opinión puede sustentarse del Auto Sánchez Morcillo II (C-539/14): una legislación procesal nacional que, con independencia de su finalidad, atribuye de forma asimétrica mayores beneficios procesales a una parte concreta, si no afecta a ninguna dimensión del Derecho de la Unión, en nada puede perjudicar al principio de efectividad.

**XLVII.-** De hecho, son muchos los ámbitos regulatorios del proceso de ejecución hipotecaria que se han entendido respetuosos con el Derecho de la Unión.

En primer lugar, si una disposición normativa de Derecho procesal nacional no se inmiscuye ni trasgrede en el ámbito de aplicación de una disposición normativa de Derecho europeo, no obstaculizará la aplicación del mismo y por lo tanto la afección al principio de efectividad será inexistente.

Igualmente, si se plantea que una disposición procesal nacional puede constituir una barrera para la aplicación del Derecho de la Unión, debe existir necesariamente una correspondiente relación entre dicha norma procesal nacional y el Derecho europeo. Bien porque dicha norma no permita la aplicación directa de la norma europea, o porque no permita debatirse en el seno del procedimiento nacional una norma que aplique el Derecho de la Unión. Si no, aunque se produzcan efectos negativos para una persona que tenga la condición de consumidora, no se transgrediría el principio de efectividad.

Dentro de la tarea de determinación de la posible existencia de impedimentos que imposibiliten al juez nacional aplicar el Derecho de la Unión se encuentra la necesaria equitatividad de la norma nacional con el objeto de protección de la norma europea. Ello debe implicar la coincidencia de las situaciones jurídicas tuteladas en el Derecho nacional de los Estados miembros y el de la Unión. Si no se produce tal equitatividad, la norma nacional puede regular el derecho en la dimensión y la forma que opte su voluntad legislativa, pues no conculcaría el ámbito del Derecho de la Unión.

**XLVIII.-** En su Sentencia Banco Santander (C-598/15), el TJUE parece haber retomado la idea de que la eficacia del derecho europeo invocado por el consumidor dependerá de que el mismo ejercite la correspondiente acción o alegaciones dentro de los plazos o momentos procesales razonables que regule el Derecho procesal interno.

Tal resolución puede interpretarse como una moderación o atemperación de la doctrina aplicada en Banco Español de Crédito, que impone el deber de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios e incluso antes de su admisión a trámite.

En cualquier caso, dicho planteamiento puede provocar grandes confusiones en cuanto a la aplicación en mayor o menor extensión del principio de efectividad por parte de los operadores jurídicos internos, y en especial los españoles. La extensión del principio de efectividad no está clara, y parece ir adquiriendo mayor o menor intensidad aplicativa en cada sentencia del Tribunal de Luxemburgo.

Entendemos esta circunstancia como atentatoria del principio de seguridad jurídica, y máxime cuando los efectos que principio de efectividad pueden llegar a causar gran incidencia en la legislación procesal positiva interna. A tal efecto, entendemos de fundamental importancia una clarificación del TJUE, preferiblemente de la Gran Sala o del Pleno respecto a las exigencias del momento procesal en que el consumidor puede invocar la abusividad de la cláusula, y los efectos de su conducta activa o pasiva en el mismo procedimiento.

**XLIX.-** En el desarrollo de un proceso nacional de ejecución hipotecaria podrían conculcarse dos derechos contenidas en las cartas europeas de derechos (CEDH y CDFUE): el derecho a un proceso equitativo regulado en el art. 6-1 CEDH y 47-2 CDFUE y el derecho a la propiedad del art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH y 17 CDFUE, si bien este último precepto no ha sido aplicado por el referido ámbito de competencias limitado del CDFUE. Eventualmente, si el bien hipotecado es una vivienda habitual, pueden conculcarse los derechos de respeto al domicilio y la vida familiar del art. 7 CDFUE y 8-1 CEDH.

En lo que respecta a la vivienda habitual, su dimensión protectora se fortalece frente a las regulaciones de los procesos nacionales tanto en la jurisprudencia del TJUE como del TEDH.

Si una decisión que implica la pérdida de la vivienda habitual no es definitiva, por encontrarse pendiente de apelación o impugnación de conformidad a la legislación procesal interna, el TEDH entiende que el desalojo deberá posponerse hasta que se resuelvan todas las cuestiones controvertidas subyacentes. De lo contrario supondría una injerencia estatal conculcadora del Derecho al respeto al domicilio, que no puede ampararse en el legítimo interés del acreedor ni del nuevo propietario de la vivienda.

**L.-** En los supuestos en los que se invoquen derechos sustantivos originados en el Derecho de la Unión y exista un riesgo de pérdida de la vivienda familiar o el domicilio particular, el principio de efectividad adquiere una dimensión reforzada. El TJUE asume por ósmosis jurisprudencial el Ordenamiento del Consejo de Europa y, en su virtud, extiende la eficacia de las normas y actos de la Unión a un fin concreto, como es la protección del domicilio y la protección de la vida familiar. Por ello hace suya la dimensión protectora sobre el domicilio familiar, extremo que se traslada tanto al juez nacional aplicador del Derecho de la Unión como a los legisladores procesales de los diferentes Estados miembros.

De este modo, en base al propio principio de efectividad, los jueces nacionales deben contar con los mecanismos adecuados para suspender o contrarrestar un procedimiento interno de carácter ejecutivo o que pueda desembocar en la pérdida de la

propiedad o posesión de la vivienda si el bien objeto del litigio es vivienda habitual, como como medidas cautelares de naturaleza suspensiva.

Por ello, la posibilidad de que el Derecho procesal nacional no plasme todas las garantías que supongan un obstáculo para la plena aplicación del Derecho de la Unión, además de las propias del TEDH, y en especial a la vivienda familiar puede constituir el consiguiente atentado al deber de proporcionalidad que exigen tanto el TEDH como el TJUE. De hecho, la mera ausencia del juicio de proporcionalidad a manos del tribunal nacional a la hora de desposeer del domicilio constituye razón para entender lesionado el derecho del art. 8 CEDH.

Es por ello por lo que, a nuestro juicio, el legislador nacional español deberá ser especialmente cauteloso a la hora de regular el procedimiento español de ejecución hipotecaria, y por extensión todos los que impliquen el riesgo de pérdida de la vivienda para introducir la nota de la proporcionalidad. Ello implica además la necesidad de dar un estatuto jurídico especial en el proceso a la vivienda habitual, y establecer garantías como la suspensión del desalojo del inmueble que constituya vivienda habitual hasta que se resuelva el proceso en el que se discuta la titularidad del inmueble o su posesión con carácter definitivo y firme.

**LI.-** El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47-1 CDFUE tiene unos efectos interpretativos y orientadores del Derecho sustantivo de la Unión, y no pueden ampliar su contenido más allá de los mismos límites del propio Derecho sustantivo europeo.

Por ello, a diferencia del principio de efectividad que llega a romper las ataduras de los derechos sustantivos europeos expandiéndolos más allá de sus límites incluso sobrepasando la propia atribución de competencias a la Unión, los derechos de la Carta quedan en todo caso encorsetados por el art. 51 CDFUE. Sólo vincula a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, y no pueden crear ni ampliar ninguna competencia. Por consiguiente su aplicación práctica tenderá a ser limitada.

**LII.-** El derecho a la propiedad del art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH parte de la base de un difícil equilibrio. Por un lado el interés patrimonial de un crédito hipotecario, que se entendemos se trata de un bien amparable en la protección de la propiedad del CEDH con todas las consecuencias derivadas sobre la vivienda en caso de su incumplimiento, y por otro la propiedad de la vivienda habitual hipotecada, que igualmente puede entenderse protegido por el mismo precepto.

Entendemos, en consonancia con el criterio del TEDH, que la ejecución de la hipoteca constituye una injerencia en el derecho de propiedad del propietario del inmueble, pero persigue una finalidad de utilidad pública, cual es la satisfacción de los acreedores.

La línea divisoria que justificaría una mayor protección del derecho del crédito hipotecario frente a la propiedad de la vivienda habitual se enmarcaría en el respeto a las garantías procesales nacionales y las garantías que impone el TEDH enunciadas en las anteriores conclusiones.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACCETTO, M.; y ZLEPTNIG, S., «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law», *European Public Law*, vol. 11, n.º 3, 2005, pp. 375-403.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, Bosch, 1995.
- ADAM, R., «Le fonti comunitarie», en Tizzano, A. (coord.) *Il Diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 43-76.
- ADAN DOMENECH, F., «Oposición al vencimiento anticipado incoado en juicio declarativo», *Revista de Derecho vLex*, vol. 166, 2018, pp. 1-18.
- ADÁN DOMÈNECH, F., «STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: crisis del sistema procesal español», en Albiez Dohrmann, K.J., Moreno-Torres Heredia, M.L., López Frías, M.J. y Casado Casado, B. (coords.) *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 1205-1222.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 764, 2017, pp. 2843-2870.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «El fundamento “abusivo” del juicio de ejecución hipotecaria», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, vol. 113, 2015, p. Edición digital.
- ÁLVAREZ BARBEITO, P., «La responsabilidad patrimonial del estado legislador. Especial referencia a la vulneración del Derecho Comunitario», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 8, 2004, pp. 61-76.
- DE AQUINO, S. T., *Suma de Teología*, 2ª, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.
- ARANGÜENA FANEGO, C., «De la Orden europea de vigilancia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la decisión marco 2009/829/JAI del Consejo», en Arangüena Fanego, C. (coord.) *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 223-266.



- ARANGÜENA FANEGO, C., «La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita», en Calderón Cuadrado, M.P. y Iglesias Buhiges, J.L. (coords.) *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 287-332.
- ARANGÜENA FANEGO, C., «Nuevos avances en la armonización de garantías procesales en la Unión Europea», en González Cano, M.I. (coord.) *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 267-316.
- ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a las cláusulas abusivas», *Diario La Ley*, vol. 8694, 2016, p. Edición digital.
- ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «Sobre la incidencia de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 8478, 2015, p. Edición digital.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., «La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 44, 2018, p. edición digital.
- ARMENTA DEU, T., «Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español», en Carbonell Porrás, E. y Cabrera Mercado, R. (coords.) *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 165-188.
- ARNULL, A., «The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?», *European Law Review*, n.º 1, 2011, pp. 51-70.
- ARROYO AMANUELAS, E., «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», en Arroyo Amanuelas, E. y Serrano de Nicolás, Á. (coords.) *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 65-96.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «El contexto de la directiva: principios jurídicos que ordenan el reparto de responsabilidades sobre la producción normativa en la Unión Europea», en Arzoz Santisteban, X. (coord.) *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics, 2013, pp. 23-73.
- AZZARRI, F., «Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo», *i Contratti*, vol. 12, 2015, pp. 1077-1099.
- BACHMAIER WINTER, L., «Fin del período transitorio del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa en materia de cooperación penal: algunas consecuencias para el TJUE», *La Ley Unión Europea*, vol. 34, 2016, p. Edición digital.
- BACHMAIER WINTER, L., «Fundamental Rights and Effectiveness in the european AFSJ: the continuous and never easy challenge of striking the right balance», *Eu crim: the European Criminal Law Associations' forum*, n.º 1, 2018, pp. 56-63.

- BAQUERO CRUZ, J., «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», *Revista española de derecho europeo*, vol. 13, 2005, pp. 35-58.
- BAQUERO CRUZ, J., *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- BARAV, A., «Enforcement of community rights in the national courts: the case for jurisdiction to grant an interim relief», *Common Market Law Review*, vol. 26, 1989, pp. 369-390.
- BARONA VILAR, S., «Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro», en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2º, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 25-74.
- BAST, J., «Legal Instruments and Judicial Protection», en Von Bogdandy, A. y Bast, J. (coords.) *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 345-397.
- BECH SERRAT, J. M., «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 1, 2018, pp. 1-61.
- BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La eficacia de la cosa juzgada del auto resolutorio de la oposición de fondo a la ejecución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen I*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 365-386.
- BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 4, 2000, pp. 717-748.
- BIAVATI, P., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015.
- BIAVATI, P., «La tutela multilivelli dei diritti fondamentali: una bussola per l'Europa?», en *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, Bononia University Press, 2012, pp. 33-55.
- BIAVATI, P.; y LUPOI, M. A. (coords.), *Regole europee e giustizia civile*, 2, Bologna, Bononia University Press, 2013.
- BLACK'S LAW DICTIONARY, «What is effectiveness? definition of effectiveness (Black's Law Dictionary)», fecha de consulta 27 mayo 2018, en <https://thelawdictionary.org/effectiveness/>.
- BLACK'S LAW DICTIONARY, «What is remedy? definition of remedy (Black's Law Dictionary)», fecha de consulta 22 diciembre 2017, en <https://thelawdictionary.org/remedy/>.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., «El procedimiento de ejecución hipotecaria y su adecuación a la normativa europea en materia de protección de los consumidores por cláusulas abusivas», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 39, 2016, pp. 1-30.

- VON BOGDANDY, A., «Founding Principles», en Von Bogdandy, A. y Bast, J. (coords.) *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 11-54.
- BONET NAVARRO, J., «La oposición en el procedimiento monitorio tras la necesaria reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre», en García-Rostán Calvín, G., Sigüenza López, J., Tomás Tomás, S. y Castillo Felipe, R. (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, pp. 155-167.
- BONET NAVARRO, J., «Monitorio y juicio verbal para sustanciar la oposición conforme a la Ley 42/2015, de 5 de octubre», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 2016, n.º 8810, 2016, p. edición digital.
- BUONOMO, F., *La tutela della proprietà dinanzi alla corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2005.
- CABAÑAS GARCÍA, J. C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*, Madrid, Tecnos, 2005.
- CABRERA MERCADO, R., «Ejecución hipotecaria y control de oficio por el juez español de las cláusulas abusivas», en Murga Fernández, J.P. y Tomás Tomás, S. (coords.) *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2014, pp. 285-294.
- CABRERA MERCADO, R., «Voluntariedad y libre disposición como principios o características esenciales del procedimiento de mediación en España», en Cabrera Mercado, R., Quesada López, P.M. y López Picó, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2018, pp. 129-153.
- CABRERA MERCADO, R.; y LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., *La mediación civil, mercantil y concursal*, Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.
- CABRERA MERCADO, R.; y QUESADA LÓPEZ, P. M., «La legitimación activa en los supuestos de titulización hipotecaria: consecuencias en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, vol. 125, 2017, pp. 1-20.
- CAIA, G., «I compiti di tutela ambientale nello Stato delle autonomie (Tra intervento comunitario e “modelli differenziati” dell'organizzazione amministrativa)», *Il diritto dell'economia*, vol. 1, 1993, pp. 31-51.
- CALAMANDREI, P., *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CALAZA LÓPEZ, S., «El principio de los principios procesales: principio de proporcionalidad», en Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen I*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 547-573.
- CANNIZZARO, E., «Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 3, 2013, pp. 659-677.

- CARANTA, R., «Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare», *Foro Amministrativo*, 1991, pp. 1889-1904.
- CARNELUTTI, F., *Arte del derecho. Metodología del derecho*, Buenos Aires, El Foro, 2006.
- CARPI, F., «La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 3, 2016, pp. 811-820.
- CARRATTA, A., «Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 70, n.º 6, 2015, pp. 1400-1422.
- CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1947.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, comun y foral. Tomo primero, introducción y parte general. Volumen Segundo*, Madrid, Reus, 1987.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue considerando inoperante la reforma de la Ley hipotecaria», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, vol. 16, 2014, pp. 324-344.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «La orden europea de detención y entrega: su presente y su futuro», en Cancela Outeda, C. y López Mira, A.X. (coords.) *Europa, Europa*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2006, pp. 40-56.
- CASTILLO FELIPE, R., *La oposición a la ejecución por defectos procesales: estudio del Art. 559 LEC*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- CEDENO HERNÁN, M., «La defensa del ejecutado frente a cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria. Crónica de como legislar al compás del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen I*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 737-762.
- CERIONI, M., *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- CEVOLANI, N., «A proposito dei “mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l’inserzione di clausole abusive”. Tutela individuale e tutela collettiva», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, vol. 9, 2016, pp. 1157-1162.
- CHALMERS, D.; DAVIES, G.; y MONTI, G., *European Union Law. Text and materials*, 3, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- CHALMERS, D.; y TROTTER, S., «Fundamental Rights and Legal Wrongs: The Two Sides of the Same EU Coin», *European Law Journal*, vol. 22, n.º 1, 2016, pp. 9-39.
- CHIARLONI, S., «Il nuovo protocollo 16 per la Corte europea dei diritti dell'uomo: un passo ulteriore verso il governo dei giudici?», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 6, 2014, pp. 1311-1319.
- CHINÈ, G., «Il diritto comunitario dei contratti», en Tizzano, A. (coord.) *Il Diritto*

- privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 607-667.
- CHITI, E., «Misure cautelari positive ed effettività del Diritto comunitario», *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 4, 1996, p. Edición digital.
- CHITI, M., «L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario», *Rivista di Diritto processuale Amministrativo*, vol. 3, 1998, pp. 499-522.
- CHOOLOANI FARRAY, S., «El principio de no vinculación de cláusulas abusivas conforme a la reciente jurisprudencia del TJUE», *Revista de Estudios Europeos*, vol. 71, 2018, pp. 138-148.
- VAN CLEYNENBREUGER, P., «Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework», *European Law Review*, n.º 1, 2012, pp. 90-100.
- COLLINS CONCISE DICTIONARY, «Effective definición y significado | Diccionario Inglés Collins», fecha de consulta 27 mayo 2018, en <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/effective>.
- COMISIÓN EUROPEA, «Libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea», 2001, p. 23, fecha de consulta 2 octubre 2018, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52001DC0531>.
- COMOGLIO, L. P., «L'effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, pp. 471-482.
- COMOGLIO, L. P., «L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 61, n.º 3, 2006, pp. 851-868.
- CONSOLO, C., «L'ordinamento comunitario quale fundamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)», *Diritto Processuale Amministrativo*, vol. 2, 1991, pp. 261 – 271.
- CONTI, R., «Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme», *Politica del diritto*, vol. 3, 2007, pp. 377-412.
- CORDÓN MORENO, F., *Cuestiones prácticas procesales. Respuesta de los tribunales a 333 cuestiones planteadas en el ámbito del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- CORDÓN MORENO, F., «Eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula (suelo) abusiva y sus efectos en el sobreseimiento de un procedimiento de ejecución judicial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 13, 2015, pp. 263-268.
- COROMINAS BACH, S., «Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 34, 2014, pp. 1-30.
- CRAIG, P., «The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions», *European Law Review*, vol. 3, 2009, pp. 349-377.

- CRAIG, P.; y DE BURCA, G., *EU Law*, 6, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- DA CRUZ VILAÇA, J. L., «Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour», en European Court of Justice (coord.) *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague, Asser Press, 2013, pp. 279-306.
- DASHWOOD, A.; y JOHNSTON, A., *The Future of the Judicial System of the European Union*, 1, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- DELICOSTOPOULOS, J., «Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems», *European Law Journal*, vol. 9, n.º 5, 2003, pp. 599-613.
- DESCARTES, R., *Discurso del método*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013», *La Ley Unión Europea*, vol. 5, 2013, pp. 5-21.
- DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., *La reserva de ley en la transposición de las directivas europeas*, Madrid, Iustel, 2016.
- DE DIEGO GUTIÉRREZ, F. C., *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales celebrado el 16 de septiembre de 1940*, Madrid, Reus, 1942.
- DOHRING, K., «Effectiveness», *Encyclopedia of Public international law. Vol II*, p 1510.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «El control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 35, 2015, pp. 1-26.
- DOMURATH, I., «Mortgage Debt and the Social Function of Contract», *European Law Journal*, vol. 22, n.º 6, 2016, pp. 758-771.
- DOUGAN, M., *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, Portland, Hart Publishing, 2004.
- DOUGAN, M., «When worlds collide! competing visions of the relationship between direct effect and supremacy», *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 931-963.
- DRAKE, S., «Twenty years after Von Colson: the impact of “indirect effect” on the protection of the individual’s Community rights», *European Law Review*, vol. 30, 2005, pp. 329-348.
- ECO, U., *Cómo se hace una tesis*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2006.
- EDITORIAL, «No responde el Estado por la vulneración del Derecho de la Unión por el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Diario La Ley. Sección Jurisprudencia.*, vol. 9098, 2017, p. Edición digital.
- EIDENMUELLER, H.; FAUST, F.; CRIGOLEIT, H. C.; JANSEN, N.; WAGNER, G.; y ZIMMERMANN, R., «Towards a Revision of the Consumer Acquis», *Common*

- Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1077–1123.
- EILMANSBERGER, T., «The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link», *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, pp. 1199–1246.
- ELIANTONIO, M., «The Future of National Procedural Law in Europe: Harmonisation vs. Judge-made Standards in the Field of Administrative Justice», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 13, n.º 3, 2009, pp. 1-11.
- ESTRADA ALONSO, E.; y CHACÓN FERNÁNDEZ, I., «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto "Mohamed Aziz c. Catalunya-caixa)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 735, 2013, pp. 173-244.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «¿Abuso y revolución en el planteamiento de cuestiones prejudiciales en el sector mercantil? Breves reflexiones», *Diario La Ley. Sección Tribuna*, vol. 9273, 2018, p. edición digital.
- FALANGA, M., «Il principio di effettività nella teoresi di A. Catelani e H. Kelsen», *Società e diritti*, vol. II, n.º 3, 2017, pp. 1-19.
- DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de estudios regionales*, vol. 59, 2001, pp. 237-264.
- DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M.; GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L.; MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. DEL C.; y VALLEJO PEÑA, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros mecanismos de control», en Moreno Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (coords.) *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Comares, 2017, pp. 337-360.
- FERACI, O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2012.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., «La Sentencia AZIZ (TJUE C-415/11) y sus implicaciones para el régimen español de ejecución hipotecaria», *Revista Jurídica del Notariado*, vol. 100-101, pp. 439-513.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Un año después de la Sentencia del caso Aziz», *Món jurídic: butlletí del Col.legi d'Advocats de Barcelona*, n.º 286, 2014, pp. 16-17.
- FLORES PRADA, I., «Prevención y solución de conflictos internacionales de jurisdicción en materia de ciberdelincuencia», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, vol. 17-20, 2015, pp. 1-40.
- FUENTETAJA PASTOR, J., «La ejecución del derecho europeo por los Estados miembros: entre la autonomía procedimental y la neutralidad institucional», en Martín Delgado, I., Almeida Cerredá, M. y di Lascio, F. (coords.) *La europeización del Derecho administrativo. Una evaluación desde el ordenamiento español*, Santiago de Compostela, Adavira, 2017, pp. 179-213.
- GALETTA, D.-U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, Giappichelli, 2009.

- GALLEGO DOMÍNGEZ, I., «La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas: la directiva 93/13/CEE y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en Cabrera Mercado, R., Quesada López, P.M. y López Picó, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 17-40.
- GÁMEZ, R.; y CUÑADO, F., «Traducción Jurídica – Qué son los “Remedies”», fecha de consulta 22 diciembre 2017, en <https://traduccionjuridica.es/que-son-los-remedies/>.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La reforma de la ejecución y del desahucio hipotecarios*, Barcelona, Bosch, 2013.
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., «El fin del caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», *Revista de administración pública*, vol. 145, 1998, pp. 117-144.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «La ejecución de medidas provisionales o cautelares en el espacio judicial europeo: ¿un ejemplo de regulación al servicio de la tutela de los derechos del justiciable?», en García-Rostán Calvín, G., Sigüenza López, J., Tomás Tomás, S. y Castillo Felipe, R. (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 511-540.
- GAVAZZI, G., «Effettività (principio di)», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, pp 1-4.
- GERSTENBERG, O., «Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts», *European Law Journal*, vol. 21, n.º 5, 2015, pp. 599–621.
- VAN GERVEN, W., «Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?», *Common Market Law Review*, vol. 32, n.º 3, 1995, pp. 679–702.
- VAN GERVEN, W., «Of rights, remedies and procedures», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 501–536.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil II. Los procesos especiales*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2016.
- GIUSSANI, A., «Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 59, n.º 2, 2005, pp. 525-540.
- GÓMEZ AMIGO, L., «La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español», *Actualidad Civil*, vol. 4, 1999, pp. 1175-1212.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre



- calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 741, n.º 90, 2014, pp. 153-176.
- GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., «Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala primera) de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz-Catalunyacaixa)», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 30, 2013, p. Edición online.
- GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M., «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», *Anuario de historia del derecho español*, vol. 29, 1959, pp. 229-316.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L., «El procedimiento especial de Ejecución Hipotecaria. Últimas reformas», en Sánchez Ruiz de Valdivia, I. y Olmedo Cardenete, M.D. (coords.) *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 247-288.
- GRANDE SEARA, P., «Cosa juzgada material y preclusión de acciones ex artículo 400 LEC. Inadecuada equiparación de su tratamiento procesal», en Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen II*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 1619-1642.
- GRECO, G., «A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 1, 2014, pp. 1-22.
- GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L.; y LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2016.
- HARLOW, C., «A Common European Law of Remedies?», en Kilpatrick, C., Novitz, T. y Skidmore, P. (coords.) *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 69-83.
- HARLOW, C., «Voices of Difference in a Plural Community», *Harvard Jean Monnet Working Paper*, vol. 18, n.º 03/00, 2000, fecha de consulta 7 junio 2018, en <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/00/000301.html>.
- HELPER, L.; y SLAUGHTER, A.-M., «Toward a theory of effective supranational adjudication», *Yale Law Journal*, vol. 107, n.º 2, 1997, pp. 273-391.
- HERMOSO DE MENA, N., *Ejecución hipotecaria: cuestiones registrales y procesales*, Barcelona, Atelier, 2016.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la ciencia del derecho. Volumen III. Nueva evolución de las posiciones y las directrices metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo*, 2, Graficas Uguina, 1971.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio.», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 45, 2018, p. Edición digital.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las exigencias procesales europeas», en Cabrera Mercado, R., Quesada López, P.M. y López Picó, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli*

- ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 41-75.
- HESSELINK, M., «Private Law, Regulation, and Justice», *European Law Journal*, vol. 22, n.º 5, 2016, pp. 681–695.
- HINAREJOS, A., *Judicial control in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- DE HOYOS SANCHO, M., «Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 43, 2017, pp. 1-67.
- HURTADO DE MENDOZA, F. M., «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la ley», *Revista de Derecho Político*, vol. 99, 2017, pp. 399-431.
- IADICICCO, M. P., «Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 1, 2011, pp. 393-446.
- IBOLEÓN SALMERÓN, B., *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Madrid, Dykinson, 2012.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis: Aziz v. Catalunyaixa», *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 955–974.
- JARABO CALATAYUD, A., «La aplicación del Derecho comunitario por los tribunales españoles. Balance y perspectivas de futuro a la vista de la Constitución europea», en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (coords.) *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 423-462.
- JIMÉNEZ CONDE, F., «El proceso monitorio tras las reformas de 2015», en García-Rostán Calvín, G., Sigüenza López, J., Tomás Tomás, S. y Castillo Felipe, R. (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 103-115.
- JIMENO BULNES, M., «La cooperación judicial civil en la Unión Europea: instrumentos procesales y últimos avances», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 32, n.º 7, 2005, pp. 5-19.
- JIMENO BULNES, M., «Sobre el principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas», *Revista universitaria de Derecho procesal*, vol. 0, 1988, pp. 137-154.
- KAKOURIS, C., «Do the member states possess judicial procedural “autonomy”?», *Common Market Law Review*, vol. 34, 1997, pp. 1389-1412.
- KELSEN, H., «La Garantía Jurisdiccional de la Constitución», *Anuario Jurídico*, n.º 1, 1974, pp. 471-515.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

- KILPATRICK, C., «The Future of Remedies in Europe», en Kilpatrick, C., Novitz, T. y Skidmore, P. (coords.) *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 1-31.
- KOVAR, R., «Voes de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire», en *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Fleurus, Institut d'Etudes européennes, Université Libre de Bruxelles. Larcier., 1978, pp. 245-302.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «El objeto del proceso civil», en De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (coords.) *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2012, pp. 325-343.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Los principios del proceso», en De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (coords.) *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2012, pp. 195-210.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la protección jurisdiccional a los consumidores y usuarios», *Estudios sobre consumo*, vol. 16, 1989, pp. 134-140.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; BANACLOCHE PALAO, J.; VEGAS TORRES, J.; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aranzadi, 2001.
- LACABA SÁNCHEZ, F., «El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria», *Revista de Derecho vLex*, n.º 166, 2018, p. Edición digital.
- LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad plena de la declaración de nulidad», en García-Rostán Calvín, G., Sigüenza López, J., Tomás Tomás, S. y Castillo Felipe, R. (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 289-307.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «La protección del consumidor como principio general del derecho», *Estudios sobre consumo*, vol. 73, 2005, pp. 55-68.
- LAW, J.; y MARTIN, E. A., *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, 2009, fecha de consulta 22 diciembre 2017, en <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199551248.001.0001/acref-9780199551248>.
- LENAERTS, K.; y CORTHAUT, T., «Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law», *European Law Review*, vol. 3, 2006, pp. 287-315.
- LENAERTS, K.; MASELIS, I.; y GUTMAN, K., *EU Procedural law*, Oxford, Oxford

- University Press, 2014.
- DE LEONARDIS, F., «La tutela cautelare: principi comunitari ed evoluzione della giurisprudenza amministrativa europea», *Diritto Processuale Amministrativo*, vol. 4, 1993, pp. 670-409.
- LIEBSCHER, C., «Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 26 October 2006 ECR I-10421», *Common Market Law Review*, vol. 45, n.º 2, 2008, pp. 545-557.
- LIMBERTI, L., «Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari “positivi”», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 5, 1996, pp. 991-1002.
- LIPARI, N., «Il problema dell’effettività del diritto comunitario», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 63, n.º 3, 2009, pp. 887-903.
- LOBOCKA-POGUNTKE, I., *The Evolution of EC Consumer Protection in the Field of Consumer Credit*, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2012.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., «Artículo 38. Protección de los consumidores», en Mangas Martín, A. y González Alonso, L. (coords.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 633-641.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., «Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», en Mangas Martín, A. y González Alonso, L. (coords.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 739-758.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «El contrato de préstamo hipotecario», en López Jiménez, J.M. (coord.) *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*, 2, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 241-358.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.; CASASOLA DÍAZ, J. M.; y TORRES CASERO, J. A., *La cesión y titulización del crédito hipotecario. Efectos sobre la ejecución*, Barcelona, Bosch, 2017.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Comercio electrónico y “acceso de los consumidores a la Justicia”», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, vol. 571, 2003, pp. 5-8.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso monitorio*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2000.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social», *Diario La Ley*, vol. 6865, 2008, p. Edición digital.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La indefinición del sistema de acciones colectivas en España y Europa», en Cabrera Mercado, R., Quesada López, P.M. y López Picó, R. (coords.) *L’influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2018, pp. 101-128.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en

- defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», en Carbonell Porrás, E. y Cabrera Mercado, R. (coords.) *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 207-237.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Los efectos de la declaración de abusividad de cláusulas hipotecarias en la ejecución», en Espejo Lerdo de Tejada, M., Murga Fernández, J.P., Fernández Scagliusi, M. de los Á. y Tomás Tomás, S. (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 795-812.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.; y RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 31, 2013, pp. 1-44.
- LUPOI, M. A., «Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n.º 1, 2008, pp. 171-206.
- LUPOI, M. A., «La “nuova” litispendenza comunitaria: aspetti procedurali», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n.º 4, 2004, pp. 1285-1328.
- DI MAJO, A., «Il linguaggio dei rimedi», *Europa e diritto privato*, vol. 2, 2005, pp. 341-363.
- MAK, C., «Rights and Remedies - Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters», *Amsterdam Law School Research Paper*, vol. 88, 2012, pp. 1-26.
- MAK, V., «Two levels, one standard? The multi-level regulation of consumer protection in Europe», en Devenney, J. y Kenny, M. (coords.) *European Consumer Protection. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 21-42.
- MANGAS MARTÍN, A., «El compromiso con los Derechos fundamentales», en Mangas Martín, A. y González Alonso, L. (coords.) *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 29-76.
- MARTI DEL MORAL, A., «La legitimación ambiental por intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa», en Carbonell Porrás, E. y Cabrera Mercado, R. (coords.) *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 411-434.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Artículo 7. Respeto a la vida privada y familiar», en Mangas Martín, A. y González Alonso, L. (coords.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 209-221.
- MASUCCI, A., «La lunga marcia della corte di Lussemburgo verso una “tutela cautelare europea”», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, pp. 1155-1166.
- MASUTTI, A., «Il ritardo nel trasporto aereo ed i rimedi del legislatore comunitario», *Il Diritto marittimo*, n.º 4, 2007, pp. 1038-1062.

- MATTEUCCI, S. C., «Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 5, 2014, pp. 1175-1203.
- MEDINA ORTEGA, M., «Sánchez Morcillo y las réplicas de la sentencia Aziz. Comentario a la STJUE de 17 de julio de 2014 (Sánchez Morcillo)», *La Ley Unión Europea*, vol. 18, 2014, pp. 37-45.
- MENEGHELLI, R., *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, CEDAM, 1964.
- MERONE, G., «Quando il giudice nazionale può disapplicare le norme interne in contrasto con quelle europee?», *Il Foro Napoletano*, vol. I, n.º 2-3, 2012, pp. 931-937.
- MERTENS DE WILMARS, J., «L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers», *Cahiers de droit européen*, 1981, pp. 379-409.
- MICKLITZ, H.; y REICH, N., «The court and the sleeping beauty: the revival of the unfair contract terms directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 771-808.
- MOLINA NAVARRETE, C., «La cuestión prejudicial y ¿ El fin de los tribunales de “última palabra”? : Experiencias de tutela del contratante débil», *Diario La Ley*, vol. 9008, 2017, p. Edición digital.
- MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- MORENO QUESADA, B., «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías (art. 1.129-3º del Código civil)», *Anuario de derecho civil*, vol. 24, n.º 2, 1971, pp. 429-480.
- MORENO TAPIELLA, P., *Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*, Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2017.
- MUIR, E., «Of ages in -and edges of- EU Law», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 39-62.
- MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. DEL C., *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, Madrid, Reus, 2010.
- DELLA NEGRA, F., «The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová», *Common Market Law Review*, vol. 52, 2015, pp. 1009-1032.
- NIEVA FENOLL, J., «El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro», *Revista de Derecho mercantil*, vol. 264, 2007, pp. 619-646.

- NIEVA FENOLL, J., «La actuación de oficio del juez nacional europeo», en Cabrera Mercado, R., Quesada López, P.M. y López Picó, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 77-99.
- NIEVA FENOLL, J., «La actuación de oficio del Juez Nacional Europeo», *Diario La Ley*, vol. 9000, 2017, p. Edición digital.
- NOGLER, L.; y REIFNER, U., «The New Dimensions of Life Time in the Law of Contracts and Obligations», en Nogler, L. y Reifner, U. (coords.) *Life Time Contracts*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014, pp. 1-72.
- NOVAK, P., *Fichas técnicas sobre la Unión Europea-2018 Los Tratados de Maastricht y Ámsterdam*, 2018, fecha de consulta 18 octubre 2018, en [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.1.3.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.3.pdf).
- OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho*, Barcelona, Editorial Labor, 1980.
- OLLERO TASSARA, A., «Diálogo de tribunales en el marco europeo», en De Lucas Martín, J., Vidal Gil, E., Fernández Ruiz-Gálvez, E. y Bellver Capella, V. (coords.) *Pensar el tiempo presente: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 911-928.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda», *La Ley Unión Europea*, vol. 11, 2014, pp. 39-45.
- ORTINO, M., «A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness», *Cahiers de droit europeen*, vol. 52, n.º 1, 2016, pp. 91-114.
- ORTLEP, R.; y VERHOEVEN, M., «The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy», *nall*, 2012, fecha de consulta en <http://www.bjutijdschriften.nl/doi/10.5553/NALL/.000004>.
- OXFORD ENGLISH DICTIONARY, «Effectiveness | Definition of effectiveness in English by Oxford Dictionaries», fecha de consulta 27 mayo 2018, en <https://en.oxforddictionaries.com/definition/effectiveness>.
- PÁEZ, E., *Escribir. Manual de técnicas narrativas*, Madrid, SM, 2005.
- PAGLIANTINI, S., «Effettività della tutela giurisdizionale, “consumer welfare” e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d’insieme», *Le nuove leggi civili commentate*, vol. 4, 2014, pp. 804-835.
- PALMA, G., «Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.º 9, 2016, pp. 1147-1153.
- PARDO IRANZO, V., «Influencia de la Unión Europea en la tutela de los consumidores: algunas reflexiones generales sobre cláusulas abusivas y su control», en Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen II*, Madrid, Editorial

- Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 2485-2502.
- PATTI, F. P., «Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso “Faber”», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, vol. 1, 2016, pp. 10-18.
- PAZOS CASTRO, R., «El control judicial de las cláusulas abusivas existentes en los procesos de ejecución hipotecaria. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C- 484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank)», *La Ley Unión Europea*, vol. 26, 2015, pp. 1-13.
- PAZOS CASTRO, R., «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. A propósito de la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», *La Ley Unión Europea*, vol. 45, 2017, p. Edición digital.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2017.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *La reforma del arbitraje de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Barcelona, Atelier, 2018.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 8391, XXXV, 2014.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2011.
- PERNICE, I., «The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU», en European Court of Justice (coord.) *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague, Asser Press, 2013, pp. 381-395.
- PERNICE, I., «The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism in Action», *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, 2009, pp. 349-408.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- PESCATORE, P., «The doctrine of direct effect: an infant disease of community law», *European Law Review*, vol. 8, 1983, pp. 155-177.
- PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell’Unione Europea*, Napoli, Jovene Editore, 2012.
- PÖTGENS, F.; y DE HEER, L., «The International Public Law Effectiveness Principle and Qualification Conflicts from a Dutch Perspective», *Intertax*, vol. 40, n.º 1, 2012, pp. 54-62.
- PRECHAL, S.; y SHELKOPLYAS, N., «National Procedures, Public Policy and EC Law.



- From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond», *European Review of Private Law*, vol. 5, 2004, pp. 589–611.
- PUTTI, P. M., «Il diritto dei consumi tra memoria storica e nuove prospettive», en Villanacci, G. (coord.) *Manuale di Diritto del Consumo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 9-66.
- QUERZOLA, L., «Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 2, 2001, pp. 501-524.
- QUERZOLA, L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, Bononia University Press, 2016.
- QUERZOLA, L., «La tutela cautelare antitrust fra processo e amministrazione: riflessioni minime», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2007, pp. 279-291.
- QUERZOLA, L., «La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2014, pp. 317-327.
- QUESADA LÓPEZ, P. M., «Aspectos controvertidos del arbitraje en el modelo español: independencia, imparcialidad e igualdad de las partes», en Sigüenza López, J., García-Rostán Calvín, G., Castillo Felipe, R. y Tomás Tomás, S. (coords.) *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 335-357.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, R., «Diccionario de Lengua Española», *Recurso*, 2014, fecha de consulta 22 diciembre 2017, en <http://www.rae.es/>.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, R., «Diccionario de Lengua Española», *Efectividad*, 2014, fecha de consulta 27 mayo 2018, en <http://dle.rae.es/?id=EOjKmrl>.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, R.; y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, C., «Diccionario del español jurídico», *Efectividad*, fecha de consulta 27 mayo 2018, en <http://dej.rae.es/#/entry-id/E107340>.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, R.; y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, C., «Diccionario del español jurídico», *Tutela judicial efectiva*, fecha de consulta 16 junio 2018, en <http://dej.rae.es/#/entry-id/E239690>.
- «Report of the Court of Justice of the European Communities (Luxembourg, May 1995)», 2013, CVCE.EU by UNILU, fecha de consulta 4 junio 2018, en [https://www.cvce.eu/obj/report\\_of\\_the\\_court\\_of\\_justice\\_of\\_the\\_european\\_communities\\_luxembourg\\_may\\_1995-en-3644862f-2e8f-4170-9616-e573a41b61c5.html](https://www.cvce.eu/obj/report_of_the_court_of_justice_of_the_european_communities_luxembourg_may_1995-en-3644862f-2e8f-4170-9616-e573a41b61c5.html).
- RICCI, F., «I contratti del consumatore: le clausole vessatorie», en Rossi Carleo, L. (coord.) *Diritto dei consumi*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 47-85.
- RICCIO, A., *La propiedad en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Reus, 2018.

- RICCIO, A., «Patologie nel mutuo ipotecario», en Espejo Lerdo de Tejada, M., Murga Fernández, J.P., Fernández Scagliusi, M. de los Á. y Tomás Tomás, S. (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 471-496.
- ROCA TRIAS, E.; y COUSO GARCÍA, S., «¿Es real el diálogo entre tribunales? : Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales», *Teoría y realidad constitucional*, vol. 39, 2017, pp. 529-548.
- RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J. M., «Los asuntos Sánchez Morcillo: el recurso de apelación en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el Derecho de la UE», *Diario La Ley. Sección Tribuna*, vol. 25, n.º 8613, 2015, p. Edición digital.
- ROLDAN BARBERO, J., «Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (Comentario a las sentencias del TJCE van Schijndel y Peterbroeck, de 14 de diciembre de 1995)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, n.º 3, 1996, pp. 799-815.
- ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2006.
- ROSSI, L. S., «From EU pillar to Area: the impact of the Lisbon Treaty on the External Dimension of Freedom, Security and Justice», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 16, n.º 4, 2011, pp. 999-1014.
- ROSSI, L. S., «Stesso valore giuridico dei Trattati? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 2, 2016, pp. 329-356.
- RUIZ MORENO, J. M., «El control ex officio iudicis de la validez del laudo de consumo en el proceso de ejecución: Una práctica errónea de las Audiencias Provinciales que ahora confirma la sentencia Asturcom Telecomunicaciones del TJUE», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 7578, p. Edición digital.
- RUIZ PERIS, J. I., «El sistema europeo de compensación de daños en materia de competencia», en Ruiz Peris, J.I. (coord.) *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 13-33.
- SALAS CARCELLER, A., «La llamada preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 9-10, 2014, pp. 13-18.
- SALAS CARCELLER, A., «La preclusión procesal del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 2, 2018, p. Edición digital.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «Incidencia de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento jurídico español: comentarios a la sentencia dictada por el Pleno del TS número 725/2018, de 19 de diciembre», *Revista de Derecho vLex*, vol. 175, 2018, p. edición digital.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «Recorrido por las sucesivas reformas del procedimiento monitorio y el reto del control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen II*, Madrid,

Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 2813-2840.

- SÁNCHEZ RUBIO, A., «La necesaria adecuación del Derecho interno a la normativa europea sobre tratamiento de datos de las comunicaciones electrónicas en la investigación penal», en Jiménez Conde, F. y Fuentes Soriano, O. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 507-515.
- SANCHO GARGALLO, I., «Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, vol. 5, pp. 379-390.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Blue pencil rule y cláusulas de vencimiento anticipado. (A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17)», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 9171, 2018, p. Edición digital.
- SANTA CRUZ TEJEIRO, J., «Notas sobre De republica de Cicerón», *Revista de Estudios Políticos*, vol. 139, 1965, pp. 155-172.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, 2, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, 2004.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.; MIERES MIERES, L. J.; y PRESNO LINERA, M. Á., *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.
- LO SCHIAVO, G., «Droit européen de la consommation. Arrêt “Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino”», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, vol. 3, 2012, pp. 564-569.
- SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG 96) - EU Law and Publications. Informe del grupo de reflexión y otras referencias documentales», 1995, p. 95, fecha de consulta 4 junio 2018, en <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/eca47994-fd0b-4c95-8303-ad3544db2ad5/language-es>.
- SENÉS MOTILLA, M. DEL C., «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, vol. 120, 2016, p. Edición digital.
- SMEND, R., *Constitución y Derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994.
- STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

- STUYCK, J., «Joined Cases C-240/98 to C-244/98, Oceano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero and Salvat Editore SA v. Jose M. Sánchez Alcón Prades et al., Judgment of the Full Court of 27 June 2000, nyr.», *Common Market Law Review*, vol. 38, n.º 3, 2001, pp. 719–737.
- SZPUNAR, M., «Procedural Autonomy and Private Law», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, vol. 1, 2018, pp. 1-9.
- TESAURO, G., *Diritto dell'Unione Europea*, 7, CEDAM, 2012.
- TINTO, V., «Il potere del giudice di rilevazione della nullità di protezione», *Diritto del commercio internazionale*, vol. XXV, 2011, pp. 581-585.
- TOMÁS TOMÁS, S., «El deudor persona física en la Ley 25/2015, de 28 de julio, sobre mecanismo de segunda oportunidad: ¿Un nuevo comienzo?», en Espejo Lerdo de Tejada, M., Murga Fernández, J.P., Fernández Scagliusi, M. de los Á. y Tomás Tomás, S. (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 1041-1060.
- TORIELLO, F., *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2000.
- TRIDIMAS, T., «Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited», *Yearbook of European Law*, vol. 21, n.º 1, 2001, pp. 327–354.
- TROCKER, N., «“Civil law” e “Common law” nella formazione del diritto processuale europeo», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 2, 2007, pp. 421-466.
- TROCKER, N., «Dal giusto processo all'effettività dei rimedi l' “azione” nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 61, n.º 1, 2007, pp. 35-66.
- TROCKER, N., «Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia», *Europa e diritto privato*, vol. 2, 2010, pp. 361-412.
- TROCKER, N., «La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ed il processo civile», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 4, 2002, pp. 1171-1196.
- TROCKER, N., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, Giappichelli, 2011.
- TRSTENJAK, V.; y BEYSEN, E., «European Consumer Protection Law: curia semper dabit remedium?», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 95–124.
- TZAKAS, D.-P., «Effective collective redress in antitrust and consumer protection matters: a panacea or a chimera?», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1125–1174.
- VACCARELLA, R., «Il problema del foro competente nei contratti tra “professionista” e “consumatore”», *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1997, pp. 47-59.

- VALLINES GARCÍA, E., «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de enjuiciamiento civil», en Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Volumen II*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 3171-3195.
- VELA TORRES, P. J., «Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial», *Revista de Estudios Jurídicos*, vol. 18, 2018, pp. 1-34, fecha de consulta en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/4497/3690>.
- VERSACI, G., «Credito al consumo: obblighi formali ed effettività rimediale nel canone della Corte di Giustizia», *I Contratti*, vol. 4, 2017, pp. 432-438.
- DE VISSER, M., «The Concept of Concurrent Liability and its Relationship with the Principle of Effectiveness: A One-way Ticket into Oblivion?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, n.º 2, 2004, pp. 47-71.
- VOGLER, R., «Due process», en Rosenfeld, M. y Sajó, A. (coords.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 929-947.
- WAGNER, G., «Private law enforcement through adr: wonder drug or snake oil?», *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 165-194.
- WARD, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2º, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- WATTEL, P., «National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law: Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages?», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 35, n.º 2, 2008, pp. 109-132.
- WEILER, J., *The Constitution of Europe. Do the New Clothew Have an Emperor? and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- WILHELMSSON, T., «Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation», en Wilhelmsson, T. (coord.) *Perspective of Critical Contract Law*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1993, pp. 9-50.

## NOTA FINAL

Podría decirse que todo duró una noche. Llegué por la tarde y volví por la madrugada, cuando las luminarias pasaron el testigo a las nubes rosadas del amanecer. Y entre medias, tres años.

A medida que hojeo y releo estas páginas me invade el siempre presente inconformismo inherente a la condición de doctorando, pero especialmente exasperado por la incuestionable responsabilidad que supone haber sido becado por el Real Colegio de España en Bolonia. Y resulta mil veces más difícil cuando la nostalgia me tapa los ojos y me expulsa de Jaén para llevarme al pasado que duerme en mi memoria.

Y es por ello por lo que, llegado a la orilla, me veo en la obligación de mostrar mi más profundo agradecimiento a todas las personas que han contribuido para que haya llegado a mi objetivo, aunque al igual que Fidípides rendido por la empresa.

Mi primera muestra de agradecimiento la dirijo a Don GIL ÁLVAREZ DE ALBORNOZ, cuyo legado inmemorial y altruista ha permitido que jóvenes españoles de toda la historia se hayan hermanado con la ciudad de Bolonia y su *Alma Mater Studiorum*, Universidad primogénita de todas las del mundo. No existe mayor muestra de agradecimiento que la que se hace a un gesto de amor tan puro como la que ha procurado sin esperar nada a cambio salvo el fruto de nuestro propio trabajo.

Como sus sucesores en el proyecto albornociano igualmente quiero agradecer al Ilmo. Sr. D. ÍÑIGO DE ARTEAGA Y MARTÍN, XIX Duque del Infantado (que en paz descansa), por su muy honorable patronazgo del Real Colegio de España en Bolonia. A él y a su hijo, el Ilmo. Sr. D. IVÁN DE ARTEAGA Y DEL ALCÁZAR, XVI marqués de Armunia, por su ayuda necesaria para mantener viva la obra de D. Gil.

Este proyecto no podría haberse mantenido con tal grado de excelencia intemporal si no fuese por mis muy queridos Sres Rectores, Don JOSÉ GUILLERMO GARCÍAVALDECASAS Y ANDRADA-VANDERWILDE y Don JUAN JOSÉ GUTIÉRREZ ALONSO. Pocos colegiales hemos tenido el honor y privilegio de asistir a la conclusión de mandato de un rector (sobre todo de una trayectoria tan insigne como la del Rector Valdecasas) y a la vez presenciar la llegada de uno nuevo. Muchas gracias, Rector Alonso, por hacerme vivir experiencias que sólo podría haber imaginado y por la certera ayuda en tantos aspectos.

Esta experiencia se hubiese empobrecido si no hubiese sido por mis compañeros colegiales, que han contribuido a desterrar el aburrimiento aportando cada uno lo más

personal que mora en ellos. A JOSÉ ANTONIO CASTILLO, JUAN ALBERTO TORMOS, JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ, POMPEYO GABRIEL ORTEGA, GABRIEL ESCOBAR, PEDRO ALEMANY, ALFONSO SÁNCHEZ, GUILLERMO MORALES, HÉCTOR IGLESIAS, MIGUEL LÓPEZ-GUADALUPE, RUBÉN LÓPEZ, VALENTÍN NAVARRO, GUILLERMO ARCHIDONA y GABRIEL BALLESTA. Y como no a ti, IGNACIO GARCÍA ZAPATA.

Es preciso agradecer a todas las personas que en su día me apoyaron con su aval para formar parte de la prole albornociana. Y a los colegas de otros años a los que considero mis amigos tras mi paso por el colegio, como ÁLVARO PASCUAL CHENEL, JOSÉ MANUEL MACARRO OSUNA o GUSTAVO DÍAZ GONZALEZ.

Pero hay una persona con quien estoy obligado no sólo moral y académica, sino personalmente, y es SALVADOR TOMÁS TOMÁS. Él ha sido mi verdadero sherpa, sempai, confidente incondicional, crítico y amigo en este viaje que ha sido el Real Colegio de España.

Y como no, al personal del Colegio por la atención que me han dispensado durante este periodo. Su excelente trato ha sido decisivo para disfrutar y sentirme lo más cómodo posible estos últimos tres años.

Mi enriquecimiento humano y académico en Bolonia no hubiese sido posible sin una gran persona. La profesora LEA QUERZOLA de Derecho procesal civil de la Universidad de Bolonia. Su atención, ayuda y excelente labor de dirección de tesis han sido los principales ingredientes del éxito de este trabajo. Tras tres años he de sentirme orgulloso por el profundo respeto y cariño que siento por ella.

Pero si debo agradecer a una persona el despertar de mi vocación académica y toda la ayuda que he recibido estos últimos años es al profesor RAFAEL CABRERA MERCADO. He sido un privilegiado por contar con el magisterio personal y académico que me ha brindado, además de su cariño y confianza, estimulando mi pasión por la Universidad y la abogacía. Por eso yo no puedo hacer más que darle mi lealtad y agradecimiento más sincero y puro.

E igualmente a las personas que, de forma desinteresada y amistosa me han ofrecido consideraciones sobre el presente trabajo. Por un lado Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, autoridad distinguida en el Derecho de la Unión que no sólo hizo precisiones de gran calado, sino que me abrió las puertas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Abanca. Y además, de forma casi obligada a Angelo RICCIO, que desde el primer día que pisé la ciudad de Bolonia me acogió como amigo –y casi familia– ayudándome en todo lo que le pedí, enseñándome a comprender la cultura italiana y dándome ideas fundamentales. A él le debo grandes dosis de inspiración en la orientación europea de esta tesis.

Hay personas a las que me veo en la necesidad de agradecer por su ayuda material directa a este trabajo. A los bibliotecarios LORENZO MASSIMO DI PROSSIMO de la biblioteca Antonio Cicu y MARÍA DEL MAR LÓPEZ CASTRO de la biblioteca de la

Universidad de Jaén, por su infinita ayuda en la pesca del océano de la bibliografía, así como JUAN FRANCISCO HERRERA HERRERA. A SUSANA GUTIÉRREZ, por su ayuda en copistería y confianza. Y a mis amigos ENRIQUE CÉSAR PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, por sus precisiones metodológicas y a DOMINGO FERNÁNDEZ UCLÉS por su ayuda puntual con las bases de datos estadísticas.

A mi amigo IVAN JESÚS ROBLES VICO no me queda sino agradecerle su incondicionalidad y disculparme por mis ausencias.

Y por último, pero no menos importante a mi queridísima familia. Por su apuesta, lucha, confianza y tesón les debo estar redactando estas líneas en lugar de otras ocupaciones. Les debo ser quien soy en mayúsculas. A mis padres MANUEL QUESADA MARTÍNEZ y MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ MORCILLO, por estar a mi lado siempre, en los buenos y no tan buenos momentos, y saber educarme desde el cariño. A mis hermanas MARÍA DEL CARMEN y ANA ISABEL QUESADA LÓPEZ, por hacerme la vida más fácil y darle sentido en todos los aspectos. A mis abuelos PEDRO QUESADA LIRIO, ANA TERESA MARTÍNEZ MARTÍNEZ, GUSTAVO LÓPEZ PULIDO (q.e.p.d.) y BALBINA MORCILLO CASTRO, por su ejemplo de vida y cariño infinito.

Y a ti, SULEIMA, por tu comprensión y ayuda durante estos meses, siempre con tu sonrisa y demostrándome día a día tu cariño y tu apoyo incondicional.

En Jaén para Bolonia, a 14 de abril de 2019